UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LES RÉSERVES ET LE NON-VOULOIR DANS LES ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 9 mars 1965

PAR

BRUNO CÉLICE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. CARBONNIER, Professeur

Suffragants : MM. RAYNAUD, J. CHEVALLIER, Professeurs

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

LES RÉSERVES ET LE NON-VOULOIR DANS LES ACTES JURIDIQUES

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544306_0068

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LES RÉSERVES ET LE NON-VOULOIR DANS LES ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 9 mars 1965

PAR

BRUNO CÉLICE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. CARBONNIER, Professeur

Suffragants : MM. RAYNAUD, J. CHEVALLIER, Professeurs

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DANS LA MEME COLLECTION

Tome 1. — Michel DESPAX : *L'entreprise et le droit.*
Tome 2. — François TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications.*
Tome 3. — Charles CHOUKROUN : *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée.*
Tome 4. — J.-D. BREDIN : *L'Entreprise semi-publique et publique et le droit privé.*
Tome 5. — Paul DIDIER : *L'option de la femme commune en biens.*
Tome 6. — Edmond-Noël MARTINE : *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.*
Tome 7. — Jean-Patrice SENN : *Les sociétés d'investissement en droit français et comparé.*
Tome 8. — Henri SOUM : *La transmission de la succession testamentaire.*
Tome 9. — Michel GENDREL : *Les mariages in extremis.* « Et Thalami et Tumuli sic fuit una dies ».
Tome 10. — Michel LE GALCHER-BARON : *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés.*
Tome 11. — Jean-Marc BISCHOFF : *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de loi.*
Tome 12. — Henri PETITJEAN : *La transmission successorale en droit français et en droit anglais.*
Tome 13. — Henri ROLAND : *Chose jugée et tierce opposition.*
Tome 14. — Patrice LEVEL : *Essai sur les conflits de loi dans le temps.*
Tome 15. — Paul LAGARDE : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé.*
Tome 16. — Michel VANHAECKE : *Les groupes de sociétés.*
Tome 17. — Jean CALAIS-AULOY : *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial.*
Tome 18. — Jacques BORRICAND : *Les effets du mariage après sa dissolution.*
Tome 19. — Alfred RIEG : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand.*
Tome 20. — Jean LAFON : *La responsabilité civile de fait des malades mentaux.*
Tome 21. — André DECOCQ : *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne.*

Tome 22. — P. Bourel : *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles.*
Tome 23. — J.-M. Mousseron : *Le droit du breveté d'invention.* Contribution à une analyse objective.
Tome 24. — P.-D. Ollier : *La responsabilité civile des père et mère.* Etude critique de son régime légal (art. 1384, al. 4 et 7 C. civ.).
Tome 25. — Mlle Catala : *La nature juridique du payement.*
Tome 26. — Ouvrage dirigé par M. Carbonnier : *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée.* Etudes de Droit privé, par un groupe de Docteurs en Droit.
Tome 27. — Roujou de Boubée : *Essai sur l'acte juridique collectif.*
Tome 28. — Jean Pélissier : *Les obligations alimentaires.* Unité ou diversité.
Tome 29. — Jean-Pierre Sortais : *Le titre et l'émolument.*
Tome 30. — André Huguet : *L'ordre public et les contrats d'exploitation des droits d'auteur.*
Tome 31. — André Pellegrin : *De la Nature juridique du Partage d'Ascendant.*
Tome 32. — Rives-Lange : *Les Problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte.*
Tome 33. — Pierre Julien : *Les Contrats entre Epoux.*
Tome 34. — Guy Chesne : *L'établissement des étrangers en France et la Communauté Economique Européenne.*
Tome 35. — Gilbert Granchet : *La Notion de cessation de paiements dans la faillite et les Règlements judiciaires.*
Tome 36. — J.-P. Le Gall : *L'Obligation de garantie dans le louage de choses.*
Tome 37. — Gérard Farjat : *L'Ordre Public Economique.*
Tome 38. — Mlle Ducouloux : *Les Sociétés d'Economie Mixte en Italie et en France.*
Tome 39. — Jean Pradel : *La Condition civile du Malade.*
Tome 40. — René Verdot : *La Notion d'acte d'administration en Droit privé français.*
Tome 41. — Jacques Ghestin : *La Notion d'erreur dans le Droit positif actuel.*
Tome 42. — Bernard Gross : *La Notion d'obligation de garantie dans le Droit des contrats.*
Tome 43. — Mme Buffelan-Lanore : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques.*
Tome 44. — Poulain : *La Protection des émissions de radiodiffusion.*
Tome 45. — Cl. Gourdon : *La Notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute.*
Tome 46. — Moïse Dahan : *Sécurité Sociale et Responsabilité.*
Tome 47. — Linossier : *Le Partage des successions confondues.*
Tome 48. — Lombois : *De l'Influence de la santé sur l'existence des Droits civils.*
Tome 49. — Ouvrage collectif dirigé par M. Carbonnier (tome III) sur *l'Immeuble d'habitation.*

Tome 50. — *Gérard* Biolley : *Le Droit de réponse en matière de Presse.*
Tome 51. — Jean-Marie Goulet : *La Condition juridique de l'enfant adultérin en Droit italien.*
Tome 52. — François Boulanger : *Etude comparative du Droit international privé des successions en France et en Allemagne.*
Tome 53. — Geneviève Viney : *Le Déclin de la Responsabilité individuelle.*
Tome 54. — Janine Ambialet : *Responsabilité du fait d'autrui en Droit médical.*
Tome 55. — Pierre Leclercq : *Les clientèles attachées à la personne.*
Tome 56. — Labrusse-Riou : *L'Egalité des époux en Droit allemand.*
Tome 57. — Dejean de la Batie : *Appréciation in-abstracto et appréciation in-concreto en D.C.F.*
Tome 58. — Pierre Spiteri : *L'Egalité des époux dans le régime matrimonial légal.*
Tome 59. — Philippe Malinvaud : *La Responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat.*
Tome 60. — Denis Landreau : *Le Désaveu de paternité spécial de l'article 325 du Code civil.*
Tome 61. — J.-P. Doucet : *Les Clauses d'indexation et les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959.*
Tome 62. — Guy Raymond : *Le Consentement des époux au mariage.*
Tome 63. — Jacqueline Rubelin-Devichi : L'Arbitrage — *Nature juridique, Droit interne et Droit international privé.*
Tome 64. — Samir Tanagho : *De l'obligation judiciaire.*
Tome 65. — Jacques Normand : *L'Office du Juge dans ses rapports avec le Litige.*
Tome 66. — Mlle Camille Jauffret : *La Responsabilité civile en matière d'accidents automobiles.*
Tome 67. — Joseph Frossard : *La Distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat.*
Tome 68. — Raymond-François Le Bris : *La Relation de travail entre époux.*
Tome 69. — Ouvrage collectif dirigé par M. Loussouarn : *L'Automobile en Droit privé.*
Tome 70. — Antoine Pirovano : *Faute civile et faute pénale.*
Tome 71. — Yves Leservoisier : *La Responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en Droit français et en Droit anglais.*
Tome 72. — Jean-Pierre Moreau : *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties.*
Tome 73. — Michel Dagot : *La simulation en Droit privé.*
Tome 74. — Pierre Couvrat : *Les Agences de voyage en Droit français.*
Tome 75. — Xavier Desjeux : *La Convention de Rome* (10-26 octobre 1961).
Tome 76. — J.-C. Serna : *Le refus de contracter.*

Tome 77. — Magdi Sobhi KHALIL : *Le Dirigisme économique et les contrats.*
Tome 78. — François CHABAS : *L'Influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation.*
Tome 79. — A. LEUCK : *La Nature juridique de l'Avancement d'Hoirie.*
Tome 80. — Mohamed A. OMAR : *La Notion d'irrecevabilité en Droit judiciaire privé.*
Tome 81. — Anne-Marie BOURGEOIS : *L'Exploitation agricole dans la Législation récente.*
Tome 82. — Jean-Yves CHEVALLIER : *Filiation naturelle simple et Filiation alimentaire en Droit international privé français.*
Tome 83. — EL-GAMMAL : *L'Adaptation du contrat aux circonstances économiques.*

PREFACE

L'huissier écrit sous toutes réserves, *le facturier* sauf erreur ou omission. *Le capitaine de navire griffonnait* que dit être ; *le sire châtelain n'égratignait le velin qu'après y avoir fait porter une mention sourcilleuse* sauf en autres choses notre droit et l'autrui en toutes. *La forêt juridique est-elle si ensorcelante qu'il convienne de ne s'y aventurer que muni d'un talisman ? Les sortilèges y abondent, en effet — sortilèges de logique par lesquels un homme se retrouve ligoté pour s'être livré un instant au droit : de quelques mots égarés dans un acte, les juristes sont si habiles à tirer des conséquences inouïes. Cela se sait et se raconte ; et ainsi le droit fait peur au moment même qu'on est prêt à lui faire confiance. C'est alors que, pour conjurer des périls diffus, on va protester, prendre la société à témoin que l'on entend rester sur le bord, que l'on n'accepte point de suivre le droit partout où il aurait le droit de vous entraîner.*

Ces protestations, ces réserves, elles nous sont familières comme pratiques, comme recettes d'un empirisme jamais découragé, quoique un peu aveugle. La lumière critique pourrait leur venir de la théorie. Jadis, chez les Bartolistes, il y avait eu, au moins ébauchée, une théorie des protestations et réserves. Deux brocards devaient en surnager : Protestatio contra actum (*variante :* contra factum) non valet ; *mais aussi :* Protestatio declarat voluntatem et sententiam nostram. *Maximes contradictoires, comme beaucoup de vérités proverbiales. Il fallait bien, dira-t-on, nourrir les procès, fournir arguments pour plaider qu'il est de bonnes et de mauvaises réserves. Mais la contradiction pourrait aussi bien s'expliquer comme une juxtaposition historique. A une époque où la forme comptait plus que l'intention, et la soumission plus que la liberté, il était naturel que le*

droit sacralisât la matérialité et le fait accompli. L'autre adage serait plus récent : exaltant la volonté, il annoncerait l'individualisme. Dans ce courant de pensée, rien d'étonnant si le Code civil, aux rares articles où par petits bouts il évoque les réserves, soit directement (art. 1211, 1276, 1278), soit a contrario *(art. 1295, al. 1er), leur suppose efficacité. Et rien d'étonnant non plus si les grands commentateurs qui ont osé un début de synthèse, refoulent au rang d'exception* Protestatio non valet. *Pour les nommer, c'est d'Aubry et de Rau qu'il s'agit : traitant de la renonciation (t. IV, § 323), ils estiment important de pouvoir en limiter l'effet par des réserves. Douze lignes, toutefois, même denses, ne font pas une théorie.*

L'approfondissement monographique est une condition quasi physique des progrès du droit en tant que science. Aussi le volume que voici mérite-t-il déjà notre reconnaissance par le seul fait de son être, car il est, à vue de fichiers, la première monographie dont nous disposions sur les réserves dans les actes juridiques du droit privé. Il fallait rassembler des matériaux épars entre le droit civil, la procédure, le droit des transports ; en abstraire les caractères communs et les différences ; réordonner l'ensemble dans un plan rationnel, et le quadriller de tout un appareil de notions — tâche éminemment doctrinale où l'Auteur a su faire en même temps ses preuves d'analyste, de critique, de constructeur. Que l'on se reporte, par exemple, à sa distinction fondamentale des réserves dans l'inaction et dans l'action, ou à son réexamen de la maxime antiprotestataire : par la pénétration du jugement comme par le pouvoir de créer, ces morceaux de théorie juridique atteignent à l'excellent.

Mais nous avons bien davantage. Ce qui frappera le public des juristes, ce qui confère à l'œuvre sa suprême originalité, c'est la manière insolemment — c'est-à-dire insolitement — non-technique dont le sujet est attaqué. Au lieu de partir du droit, d'une étude des textes et des arrêts pour en déduire la nature des réserves, c'est dans l'homme lui-même, dans l'analyse de son comportement, que M. Bruno Célice a cherché délibérément les réponses à ses questions. Ce n'est pas une démarche juridique avec des excursus *de philosophie, c'est une démarche proprement philosophique, mais qui doit déboucher sur le droit. Les praticiens sont souvent sceptiques, lorsqu'on leur parle d'une utilité que la philosophie du droit pourrait offrir pour le service du droit positif. Qu'ils prêtent, pourtant, attention à ce modèle remarquable de philosophie appliquée : ils se convaincront aisément qu'une investigation philosophique — non point de métaphysique, il est vrai, mais de logique et surtout de psychologie — peut mener à des résultats juridiquement utilisables.*

L'emploi qui est fait ici de la psychologie a de quoi séduire — d'autant que toute pédanterie lui est enlevée par la fluidité un peu nonchalante du style. Les réserves, telle est la thèse, sont légitimes parce qu'elles expriment cette réalité psychologique irréductible qu'est le non-vouloir. Qu'entendre par là ? Non point le refus qui dit non (le nouloir *du* nolens*), mais un état de parfait équilibre entre le non et le oui. Toujours frémissant, mais sans jamais se livrer, s'avance le non-voulant, semblable à l'Indifférent de Watteau. C'est l'attitude première, antérieure à tout choix et qui a valeur par elle-même, communiquant aux réserves un principe de validité.*

Fondées ainsi dans le non-vouloir, les réserves ne dépendront plus du bon vouloir des analyses volontaristes. Qu'importe comment elles ont été émises, ou si elles ont été acceptées ? Assez paradoxalement, semble-t-il, au regard de l'histoire, M. Célice est persuadé que les réserves seraient plus facilement admises, n'était le dogme de la volonté. Dans une monde juridique où la volonté est souveraine, la non-volonté peut-elle provoquer autre chose que mépris ? Il faudrait commencer par s'affranchir de l'obsession de la volonté pour comprendre que la non-volonté peut et doit être protégée pour elle-même.

On pourrait, néanmoins, se demander si la théorie du non-vouloir et celle des réserves qui y est conjointe, réussissent à se détacher de la volonté et du volontarisme aussi complètement qu'elles le souhaitent. A l'expérimentation de dire s'il existe réellement de ces états entièrement neutres, de ces absolues quiescences du vouloir. Par le simple raisonnement, on fera seulement réflexion que, si émettre des réserves est ajourner la décision, c'est déjà en soi une décision que cet ajournement. Une autre décision, sans doute — décision préalable, avant-décision, mais qui, substantiellement, n'est pas différente de bien des manifestations unilatérales de volonté. Quand, à l'extérieur, dans le droit, dans la société, tout vous sollicite de décider, tout vous somme de prendre parti, il faut la volonté — et bien plus, il faut de la volonté pour n'en rien faire. Si bien que beaucoup seront enclins à voir dans la théorie des réserves un développement paroxystique du volontarisme, non point du tout sa négation.

Mais que pèsent nos spéculations intellectuelles ? L'essentiel est probablement ailleurs, à cette profondeur où les réserves de droit privé rejoignent les protestations de droit public. Il est des opiniâtres qui, pris dans le flot de l'actuel, s'efforcent de résister. A l'écoulement du droit, ils n'ont à opposer que leur volonté ou leur non-vouloir, leur conscience solitaire. Dans une vision de pluralisme juridique, il n'y aurait point de folie à reconnaître pour lui-même cet îlot de droit qu'ils tentent de se

réserver. Et toute philosophie à part, il est au moins généreux d'essayer de leur venir en aide. L'ouvrage de M. Célice s'inspire d'une sympathie innée pour la liberté d'autrui. Ce n'est pas le trait le moins attachant d'une personnalité pleine de promesses.

Jean CARBONNIER,
Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques
de Paris.

INTRODUCTION

I

Le titre est un peu l'enseigne d'un ouvrage. Sa mission consiste d'abord à attirer l'attention, à désigner, à illuminer, pour les amateurs éventuels, le thème choisi. Il représente une sollicitation, un appel à l'intérêt et à la curiosité du lecteur. Mais son rôle ne s'arrête pas là ; il lui faut également témoigner de la teneur, de la méthode, de la substance même de l'œuvre qu'il présente, sinon il ne serait qu'un messager infidèle, qu'un symbole insignifiant. Tel est le double visage du titre : évocateur par principe, il se doit aussi d'être un raccourci de la pensée.

C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter l'expression « Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques ».

Au premier abord, la désignation adoptée laisserait volontiers augurer deux branches, deux ramifications dans les recherches de cette thèse. Il n'en est rien. L'origine et l'aboutissement sont et demeurent les réserves. Cependant, la démarche à suivre traverse un vaste domaine, inconnu du monde juridique, qui est précisément celui du non-vouloir.

Mieux qu'une étape, cette notion de non-volonté s'est révélée une véritable découverte qui a conditionné la compréhension des réserves et servi de fondement général à cette théorie.

En second lieu, il est nécessaire de donner à toute recherche une limite. C'est pourquoi le titre choisi fait aussi appel aux « actes juridiques ». Encore faut-il préciser que cette expression ne doit pas être prise dans un sens trop technique ; au contraire, le terme « d'acte juridique » recouvre, ici, toute activité susceptible d'éveiller l'intérêt des hommes de lois. Peu importe, d'ailleurs, que cette activité soit le fait de l'auteur de la réserve ou qu'elle émane d'un tiers. En bref, il s'agit d'appréhender la réserve au sein du commerce juridique dans son ensemble.

Le titre comporte donc la désignation d'une fin — la réserve

— d'un chemin pour s'y rendre — l'idée de non-vouloir — et d'un champ d'application — celui de l'activité créatrice de droits.

Mais avant de regarder plus loin, il faut s'assurer de la réalité du but à atteindre.

QU'EST-CE QU'UNE RÉSERVE ?

L'emploi des expressions « *réserves* » et « *protestations* » emplit la langue française, aussi bien dans le langage parlé que dans les actes de procédure et les débats judiciaires ou les discussions philosophiques.

Confusément, chacun comprend la signification de cette expression et l'emploie d'ailleurs à bon escient.

1. — Recherche d'une définition générale.

Mais, si l'on est plus curieux, si l'on veut en connaître le sens précis, si l'on cherche à penser la réserve, alors les mots se dérobent, les idées se chevauchent et l'esprit s'empêtre dans une nuée de données contradictoires.

On s'aperçoit bien vite qu'une définition pleine et satisfaisante du mot « réserve » ne se trouvera pas en quelques instants.

2. — Les dictionnaires.

Bien entendu, on peut avoir recours aux dictionnaires et on y lit, par exemple, dans le sens qui nous intéresse :

Littré. — Action de réserves : garder pour soi... protestation d'une partie contre les inductions que l'on pourrait tirer d'un acte émané d'elle... Retenir quelque chose d'un tout.

A la réserve de : à l'exception de. Sans réserve : sans restriction.

Larousse : idem, avec cette précision : « Déclaration en forme par laquelle on s'élève contre quelque chose, ou déclare contester, s'y opposer.

Académie française. — Formule placée fréquemment à la fin des actes de procédure, pour la garantie des clauses, des conditions, dont la stipulation n'est point formellement écrite.

Dans le langage ordinaire : sans garantie ; faire des réserves signifie que l'on garde un sentiment opposé à certaines choses que l'on ne contredit pas. »

A la vérité on y lit toutes sortes de choses que l'on savait déjà, ou que l'on pressentait dans cet entendement spontané des mots que chacun possède.

On n'obtient cependant guère de précisions, bien au contraire, en voulant serrer la question, le curieux s'aperçoit que le dictionnaire, et par conséquent le langage, dispersent l'expression générale de réserves et protestations, en toutes sortes de

locutions ou de formules (sous réserves, sans réserve, faire des réserves, se réserver de) que l'on ne peut appréhender qu'une par une.

La tentation est grande, alors de penser que cette dispersion de la signification correspond à la nature des choses, que l'on a affaire à un concept général, très général dans son acception et dont, nécessairement, la compréhension est d'autant plus réduite.

Ne serait-il pas vain de vouloir analyser et définir une expression vague par nature, et dont les significations sont multiples pour ne pas dire contradictoires ?

3. — Les sources du droit.

L'étude du droit, nous y venons, n'apporte aucun réconfort.

Dans les compilations de la doctrine, on ne découvre que quelques maximes et adages juridiques, fatigués d'avoir traîné au cours des siècles, qui prétendent abusivement définir l'emploi et réglementer les réserves et protestations.

Ainsi, des « maximes et citations latines à l'usage du monde juridique » de Jouanneau :

— 112 Actum verba contraria non possunt

— 3048 Protestatio contra actum non valet

— 3051 Protestatio actui contraria inutilis est et nihil operatur.

Dans la *Collection de Décisions* on lit : « Les réserves expresses que l'on fait dans un acte, de ses hypothèques et tous ses droits et actions, conservent au créancier toute leur force et l'intégralité de ses titres, sans que l'on puisse leur opposer de novation » (cf. de Novationibus).

Dans le *Répertoire de jurisprudence*, de Guyot : « On regarde comme inutiles les protestations orales, ou celles qui sont faites par quelqu'un qui avait la liberté d'agir autrement. »

Dans *Adages et Maximes* de Capitant : « Réserves dans un acte juridique : Enonciation insérée dans un acte juridique par une personne qui y participe pour écarter les conséquences qui pourraient être déduites de sa participation à l'acte. »

Comme l'on peut s'en rendre compte, ces opinions éparses sur les réserves et protestations ne donnent pas de solution d'ensemble sur leur nature ou leur efficacité.

4. — La jurisprudence.

Dans la jurisprudence, on chercherait plus vainement encore des règles cohérentes sur l'emploi, la validité et la fonction des réserves. La plupart des décisions qui y font allusion se bornent à constater trois sortes de choses :

— ou bien, les réserves sont inopérantes parce que contradictoires ;

— ou bien, elles sont surabondantes et inutiles ;

— ou bien, elles sont parfaitement justifiées et démontrent clairement l'intention de celui qui les a faites.

De ces constatations, il est bien difficile de retenir autre chose que des tendances à estimer que dans telle situation donnée, les réserves ou les protestations sont, ou ne sont pas valables. Les tribunaux se retranchent derrière les circonstances de fait, et leur jurisprudence consiste à éviter le problème en le réduisant à des cas d'espèce qu'elle tranche comme tels.

5. — Le cas des Traités internationaux.

Nos recherches n'ayant pas avancé d'un pas, on pourrait penser à consulter les ouvrages qui traitent des réserves dans les traités internationaux[1]. Hélas, on comprend vite que les réserves ne sont, dans ce cas, que des restrictions aux textes des accords, restrictions dont l'étude présente peu d'intérêt.

Que signifie, par rapport au droit privé, un accord entre plusieurs personnes, souveraines et fortes de leur indépendance nationale, au point de n'être jamais définitivement engagées par une convention qui demeure une hypothèse et que chacun peut désavouer unilatéralement, voire rompre, fût-ce au prix d'une déclaration de guerre !

Dans ces conditions, les réserves des Traités internationaux sont une pure affirmation de puissance de la part des contractants qui déclarent unilatéralement qu'ils ne respecteront pas intégralement le texte signé. Les auteurs de ces déclarations n'ont pas à redouter l'emploi de moyens de coercition ; ils s'exposent seulement aux mesures de rétorsion des autres participants.

Nous sommes bien loin des rigueurs du droit privé, et ce genre de réserves, si abondant en droit international, demeure évidemment étranger à nos préoccupations.

Notre jugement peut sembler sévère et sommaire : il est exactement le reflet de notre déception, lorsqu'au début de nos recherches, nous nous sommes dirigés vers cette branche du droit, qui, parce qu'elle avait abordé la question, nous semblait une source importante.

6. — Les textes particuliers.

Parmi les sources possibles, il faut encore mentionner l'article 105 du Code de commerce relatif à la livraison des mar-

1. Voir, par exemple, *Les réserves dans les traités internationaux*, Dietrich Kappeler, thèse, Paris.

chandises par le voiturier. Cette livraison décharge le voiturier, à moins que le destinataire ne fasse des réserves qui ont pour effet de maintenir la responsabilité du voiturier après l'exécution du contrat.

Ce texte a donné lieu à de nombreux commentaires et à une jurisprudence importante. Il réglemente avec minutie l'emploi des réserves, et comme tel, présente pour cette thèse, un intérêt certain. Mais il ne s'agit à nouveau, que d'un cas particulier (la livraison) sur lequel on ne saurait échafauder une théorie générale.

Le Code civil prévoit également l'usage des réserves et des protestations dans les articles 1211, 1212, 1276, 1278, 1280, 1285, 1908, mais toujours sans en définir les limites et l'efficacité.

7. — Réflexions suscitées par l'emploi universel du terme.

Bien plus, les praticiens du droit, notaires, huissiers, avoués, terminent rarement un acte sans faire toutes réserves de droit ou autres.

Cette expression figure donc, au sens indéterminé où chacun la comprend, dans les adages anciens, dans les textes de loi, dans les codes, dans les traités internationaux, elle est utilisée tous les jours dans les lettres d'affaire, dans les actes de procédure et dans des contrats, dans les accords de toutes natures, etc. et pourtant, personne n'en connaît l'exacte valeur, la véritable signification, la portée utile.

On pourrait se demander, comme à propos du langage, s'il convient de chercher plus loin, si les réserves et les protestations ne seraient pas une simple expression suffisamment éloquente d'elle-même, qu'il suffirait de replacer dans le contexte où on l'a employée (comme le fait la jurisprudence) pour en comprendre la signification et en définir la force.

L'étude intégrale des cas d'espèce suffirait, en ce cas, à la connaissance du problème en général, qui ne trouverait sa solution que dans le particulier.

Cependant, l'embarras, l'incertitude, pour ne pas dire l'incohérence de la jurisprudence, chaque fois qu'elle est appelée à statuer sur des réserves, nous auraient convaincus si besoin en était, que le problème méritait une autre réponse que des expédients spécifiques.

8. — L'existence de caractères communs à toutes les réserves.

Et, en fait, la question, chacun la ressent intuitivement : c'est, dans chaque cas où l'on emploie cette expression de « réserves et protestations » la contradiction latente qu'elle

implique, cette confusion, par exemple, d'un acte et d'une opinion contraire, ce compromis entre une obligation et une liberté, l'existence d'un lien et cependant, une certaine allégeance...

Tel est, après le dépouillement de plusieurs centaines d'espèces, le premier phénomène qui retient l'attention du chercheur.

D'autre part, les réserves et les protestations sont toujours orientées vers un individu ou une partie qu'elles prétendent favoriser à l'exclusion des autres ; elles sont donc d'essence purement individuelle et manifestent un caractère unilatéral.

Autre caractère non moins curieux : les réserves ne posent apparemment aucun problème de compréhension à leurs auteurs ni à leurs destinataires. Chacun prétend avoir des réserves, une connaissance intuitive, issue de l'habitude ou d'une donnée immédiate de la conscience. On ne sait !

Toujours est-il que l'on peut fort bien se dispenser d'avoir une opinion fondée sur ce terme pour en aborder la discussion.

Enfin, toutes les tentatives faites pour penser, définir ou réglementer les réserves n'ont abouti qu'à des formules étriquées et marginales, qui loin d'englober toutes leurs significations possibles, dissociaient, au contraire, leurs caractères communs et par là-même, effritaient le concept.

Cette brève reconnaissance du sujet peut sembler décevante dans la mesure où elle ne nous a pas permis de découvrir de source d'information immédiate. Elle ne s'avère pourtant pas inutile, puisque, sur un autre plan, elle nous permet de dégager trois faits importants :

1° La présence de caractères communs à toutes les réserves, une contradiction latente jointe à une tendance à l'unilatéralité ;

2° La connaissance intuitive, la compréhension irrationnelle des réserves et des protestations, les plus variées par tous les individus ;

3° L'absence d'un concept solide qui ne nuit cependant pas à la pratique des réserves.

9. — De la multiplicité des réserves à l'unité de leur concept.

L'existence et le rapprochement de ces trois phénomènes logiquement peu compatibles entre eux, ne peut manquer de surprendre ; or, à bien penser, ils sont le fait de l'homme, bien plus que de la notion de réserve elle-même.

Il convient donc à notre avis, de changer radicalement de méthode : au lieu de décortiquer le terme de réserve en cherchant à résoudre les contradictions qu'il recèle, pourquoi ne pas se tourner vers le seul être au monde qui en fasse la synthèse, c'est-à-dire l'individu ? Les réserves posent une infinité de questions... sauf aux intéressés eux-mêmes.

On est ainsi amené à penser que si les hommes ne se sont pas forgé une idée plus claire des réserves et des protestations. que s'ils ne se sont pas interrogés sur leur nature, que si la connaissance « à priori » qu'ils en ont, leur suffit, c'est qu'il s'agit d'un phénomène psychologique naturel et presque fondamental.

Il semble dérisoire de vouloir rechercher la nature des réserves dans les cas particuliers où les hommes les emploient et non dans l'homme lui-même dont elles sont l'instrument. Il faut alors admettre une idée plus ambitieuse : les réserves procèdent d'un phénomène très vaste, le comportement humain, dont elles ne sont qu'une manifestation.

On ne s'étonnera pas si cette étude s'éloigne à ses débuts des espèces de la jurisprudence et des cadres du droit, si elle entraîne la réflexion vers les sources du comportement individuel.

Ce chemin parcouru, on retrouvera ensuite des concepts et des définitions posés par l'entendement qui rendront intelligibles toutes les réserves et toutes les protestations, notamment celles du droit.

II

« En psychologie, comme en logique, il y a des vérités, mais point de Vérité[2]. »

C'est sous un préambule empreint de la plus extrême prudence, que commencera ce chapitre. La théorie générale des réserves, à peine entreprise, a buté sur le terme même qu'elle se proposait pour titre.

Dès les premières pages, il faut renoncer à entrer dans le vif du sujet, pour remonter aux sources du comportement individuel.

10. — L'hypothèse.

Toute thèse repose nécessairement sur un postulat. Pour nous, il s'agira simplement de la notion d'homme ou plutôt d'individu, sur laquelle, bien entendu, toutes sortes de controverses peuvent à nouveau s'élever.

Il faudra y renoncer, quitte à présenter de l'humain un aspect simpliste et terne. Peu importe la banalité de ce postulat, si elle suffit à le rendre acceptable, si surtout elle permet à la théorie de se dresser sans sortir du vraisemblable. Toute pensée, au demeurant, reste anthropomorphique[3].

11. — L'individu.

On peut, sans trop de partialité, reconnaître à l'homme l'intelligence, la volonté, la conscience de lui-même et du monde extérieur, celle aussi du temps ou de la durée.

Toutes ces facultés réunies sous le seul concept de personnalité, permettent de considérer l'homme en lui-même, hors du groupe zoologique humain. Il mérite ainsi le titre d'individu qui sous entend une indépendance et une autonomie relatives vis-à-

---

2. Extrait du *Mythe de Sisyphe* (Camus).

3. *Idem.* « Comprendre le monde pour un homme, c'est le réduire à l'humain, le marquer de son sceau. Le truisme — toute pensée est anthropomorphique — n'a pas d'autre sens. »

vis du milieu où il vit, et qui exprime la liberté que chacun a de poursuivre des fins qui lui sont propres.

De cette manière, la plupart des juristes estiment que chaque individu est libre d'orienter son activité comme bon lui semble.

12. — Le monde extérieur.

Mais l'homme, l'homme juridique, est aussi un être sociable, qui vit en communauté.

Si donc, l'individu paraît totalement indépendant dans ses désirs et dans ses aspirations, en revanche, dès qu'il passe à leur réalisation, il se trouve en présence de ses semblables, et aussitôt naissent les obstacles et les difficultés.

Et, en effet, chercher à atteindre une fin, réaliser une aspiration, c'est toujours transformer, adapter le monde extérieur à une exigence interne, à une idée, à un rêve, à un mobile... Transformer ou modifier le monde, si peu que ce soit, c'est troubler l'ordre actuel, c'est porter atteinte à cet univers commun, où tous poursuivent, eux aussi, leurs fins personnelles, où chacun exerce sa propre activité, en un mot, où chacun puise la vie.

13. — Naissance des rapports humains.

Autrefois, dans les temps les plus reculés, les individus, dit-on, se heurtaient dans leurs entreprises réciproques, et les contacts des hommes étaient le plus souvent ceux de la violence ; la force tranchait les rapports entre individus.

Il a probablement fallu un certain temps pour que les hommes comprennent qu'il y aurait toujours sur la voie de chacun, un de leur semblable contrarié par leurs ambitions.

La solution ne venant pas de la violence, on la chercha dans l'accommodement. Et depuis l'apparition de la Société, l'homme a appris à aménager les rapports d'individus à individus, en réglementant les modifications que chacun peut apporter au milieu ambiant ; les entreprises, les actes individuels sont limités à la sécurité des autres et l'on retrouve sous une certaine forme, la fameuse idée du Contrat social.

En quelque sorte, le monde a été partagé, en donnant à chacun sa zone d'influence, sa sphère d'activité, et les moyens de la développer ou de la défendre, suivant les tempéraments ou les ambitions. La marche du temps, c'est-à-dire l'évolution, remet inlassablement en question l'ordre établi, modifie, défait et refait cet incessant partage du monde.

14. — Le droit, science sociale.

Le droit est la science de l'évolution des situations individuelles.

Et, en fait, chaque fois qu'un individu entreprend de modifier sa situation juridique, il ne peut le faire qu'en modifiant du même coup la situation juridique d'autrui, puisque toutes sont interdépendantes.

Dès que l'homme exerce une activité économique, il agit, pour lui sans doute, mais aussi contre, malgré, avec ou sans quelqu'un dont il doit tenir compte : encore une fois, il n'existe pas d'action qui puisse se faire dans l'indifférence générale, puisque chaque fois, il s'agit d'apporter une transformation au milieu vivant, à l'ambiance universelle, puisque chaque fois, donc, il faut composer avec ses semblables. Il existe toujours un être concerné par le fait d'autrui.

Toute activité contraint l'homme à sortir de son individualisme pour établir un rapport avec ses semblables. Ainsi, naissent les rapports sociaux de toutes sortes et plus précisément, les rapports juridiques ou rapports de droit.

15. — Les rapports juridiques.

Les rapports juridiques sont des liens qui tiennent en dépendance deux individus pour harmoniser l'évolution de leur situation juridique respective sous le contrôle de la société. Les deux termes d'un rapport de droit, c'est-à-dire deux individus, ou deux parties, sont enchaînés de telle sorte qu'il leur soit impossible de se dégager unilatéralement, sans le secours de la force sociale, sans l'intervention de la justice.

Les violences primitives ont disparu, remplacées par cette autre servitude que constituent les rapports juridiques, nouvelles formes de contrainte des individus sur leurs semblables, par l'entremise de la société. En ce sens, on dit que le droit est la violence des faibles [4].

Pour parvenir à ses fins, l'homme n'a plus sa liberté puisqu'il ne peut échapper à ces rapports de droit, et, à ce sujet, il faut distinguer deux cas :

— ou bien, l'individu agit sans préalable, et dans cette hypothèse, les rapports de droit naissent de son action, sous forme de procès, de responsabilité, de quasi-contrats, de voies de fait, etc. ;

— ou bien, au contraire, l'individu commence par établir des rapports juridiques qui lui permettront d'agir avec l'approbation de la force sociale : ainsi le contrat, la procédure, etc.

D'un point de vue strictement individuel, les liens de droit apparaissent, tantôt comme la conséquence, tantôt comme la condition de l'action. Ce sont les cadres modernes de nos actes et de nos initiatives.

---

4. Formule attribuée à S. Freud.

Ces cadres précèdent, ou survivent un certain temps à nos actes, mais leur existence est néanmoins temporaire. Ils disparaissent aussitôt l'opération voulue terminée ou sanctionnée, aussitôt l'harmonisation des situations juridiques subjectives retrouvée. Et puisque l'évolution du monde est permanente, en une perpétuelle novation, chaque nouveau rapport tend à éteindre les rapports précédents.

16. — Action et inaction.

De ce qui précède, on pourrait croire que l'homme, foncièrement individualiste, qui voudrait demeurer à l'abri de ces relations juridiques, pourrait trouver refuge dans l'inaction. Ce serait croire que la formation des liens de droit est la conséquence de l'action, que les rapports juridiques font partie du risque, sont la rançon de l'activité, et, sans doute, il y a une part de vérité dans cette opinion.

Mais ce serait méconnaître tout un aspect du problème, Et, sans aller jusqu'à consacrer la théorie des droits potestatifs [5], il est certain que les rapports juridiques naissent ou disparaissent également dans l'inaction.

En effet, l'inactivité, considérée chez un individu, n'est qu'un état par rapport à l'activité d'autrui. Et, si l'on admet, comme on vient de le voir, que l'activité humaine ne peut se concevoir d'une manière isolée, et se déployant dans le temps et dans l'espace avec une continuité linéaire, si, au contraire, il apparaît que l'activité conçue comme un dynamisme de l'individu vers le monde extérieur, est une projection dans l'enchevêtrement des situations personnelles, on comprendra que l'inaction n'est que l'aspect passif de l'évolution.

Un dynamisme, une force orientée ont toujours un point d'application ; de même, l'individu passif devient la proie de l'activité d'autrui. Si les modifications de sa situation juridique ne résultent pas de son propre fait, elles se produiront sous la pression sporadique des entreprises evironnantes.

L'évolution ne tient pas compte des intentions ; si l'individu n'agit pas, il subit : s'il n'intervient pas, il est sollicité : on ne saurait demeurer impassible dans une société en ébullition.

17. — Ainsi, aux yeux de juriste, l'indépendance de l'homme se limite au choix de ses actes. Dès l'apparition du

---

5. Théorie très en faveur en Italie. Notamment : *Nuovo Digesto Italiano*, IV, p. 872 ; *Diritti potestativi* — Rev. trim., 1959. *Les promesses synallagmatiques de vente*, p. 1 et 5 — Boyer, thèse, Toulouse, 1947. *La notion de transaction.*

comportement, actif ou passif, l'individu entre en rapport avec ses semblables, et le droit intervient pour définir et régler ces rapports. Qu'il le veuille, ou non, l'individu est dépendant de son milieu ; bon gré, malgré, il devient sujet ou objet de rapports juridiques. *L'isolationisme se révèle une impossibilité juridique.*

On peut schématiser ces réflexions, en trois points :

1° Les rapports juridiques entre individus sont une nécessité dans la mesure où la violence est exclue ;

2° Ils apparaissent dans l'action, ou dans l'inaction, volontairement ou non ;

3° Leur existence est temporaire puisqu'ils accompagnent des modifications partielles de situation juridique.

18. — Doit-on estimer que ces liens juridiques, qui entravent l'individu dans ses initiatives, qui l'enserrent dans sa passivité, anéantissent la personnalité ?

L'homme ne serait-il plus qu'un élément de la société, soumis à un déterminisme implacable qui en ferait le jouet des événements et de son entourage ?

L'individualisme ne serait-il qu'un phénomène de conscience, sans rapport avec la réalité ?

En vérité, on commettrait une erreur tout aussi grande en prétendant que l'individu est indépendant dans la société ou qu'il est uniquement déterminé par son milieu.

19. — Vouloir et dépendance.

Nous avons voulu établir jusqu'ici que nul homme ne pouvait éviter la formation de rapports juridiques autour de sa personne, dès l'instant qu'il vit en communauté. Mais il ne faudrait pas croire, pour autant, que l'individu demeure entièrement passif dans l'établissement des liens qui l'unissent à ses semblables.

On se rappellera, à ce propos, le début de cette étude, où l'on définissait l'homme, comme un être ayant une personnalité et poursuivant des fins qui lui sont propres, au sein d'une autonomie ou d'une indépendance relatives.

Face à l'univers qui l'entoure, l'individu représente une quantité infinitésimale ; ce n'est pourtant pas un rien absolu [6]. Il possède une force interne, une volonté qui lui permet de s'orienter, de se situer vis-à-vis de son milieu.

---

6. Définition empruntée à D.H. Lawrence. Introduction du livre *Le serpent à plumes.*

20. — Les attitudes.

En schématisant quelque peu, on dira que tout être peut adopter envers l'extérieur deux attitudes extrêmes : il peut s'ouvrir ou se fermer à l'ambiance du moment, adhérer, collaborer au monde, ou le rejeter et le combattre.

Tout comportement juridique de l'individu procède de ces attitudes fondamentales.

L'autonomie ou l'indépendance relative de l'être humain se manifeste dans cette faculté de prononcer ce OUI ou ce NON, à la face du monde, faculté qui se trouve à tous les échelons du comportement juridique, sous forme d'acceptation, de consentement, d'adhésion, ou, au contraire, de refus, de renonciation, de contestation.

Précisons que cette attitude est l'apanage d'un être conscient, qui entend porter un jugement sur ce qui l'entoure, et formuler une véritable appréciation, en bien ou en mal, sur les liens susceptibles de l'intégrer à son milieu.

Ainsi, tout homme peut dans une réaction personnelle, prendre position sur les rapports juridiques qui le concernent : il peut les accepter ou les condamner.

21. — Rôle des attitudes.

Mais une question se pose aussitôt : l'avis que l'individu donne, son opinion personnelle, son attitude ont-ils une utilité pratique ? Quelle va être leur influence, leur efficacité ?

Ne s'agit-il pas d'une simple réaction épidermique, incapable de paralyser ou d'affecter en quoi que ce soit, l'établissement de ces liens qui puisent leur force dans la société, par l'intervention de la justice ?

Tous les juristes connaissent déjà la réponse :

L'attitude individuelle (acceptation ou refus) est de la plus haute importance, soit que, dans certains cas, elle conditionne la création des rapports juridiques, soit que dans d'autres hypothèses, elle affecte sérieusement leurs modalités. De toute façon, l'attitude individuelle n'est jamais indifférente.

Il faut, à ce sujet, distinguer trois situations possibles :

1. — *L'individu, par ses initiatives, provoque volontairement, la création de rapports juridiques.*

Prenons par exemple : l'offre. Dans ce cas, il n'y a aucune difficulté. L'attitude de l'individu résulte de son initiative, elle se confond avec elle ; les rapports juridiques sont non seulement acceptés d'avance, mais recherchés. L'individu nécessairement s'ouvre au monde extérieur, puisqu'il va au devant de lui.

Toutefois, une question importante se révélera plus tard (ce sera la troisième partie de cette thèse). Elle concerne préci-

sément l'hypothèse où l'individu adopte, simultanément, un comportement et une attitude intellectuelle, contraires, par exemple en allant au devant de son milieu, avec l'intention de ne pas créer de rapports juridiques.

2. — *L'individu est sollicité de l'extérieur.*

Son attitude est alors primordiale. De sa réponse, acceptation, refus ou contestation, dépendent la création et la nature du rapport de droit. Dans ce cas véritablement, l'individu peut s'ouvrir ou se fermer au monde, qu'il s'agisse d'une sollicitation juridique, adressée à sa volonté ou d'une atteinte de fait à sa situation juridique, d'un empiètement sur ses droits, qu'il peut contester ou réprimer, ou admettre, par exemple, dans une transaction.

L'acceptation de l'offre représente l'exemple classique en cette matière. Selon un OUI ou un NON le lien juridique existera ou ne se formera pas.

Une difficulté apparaîtra néanmoins lorsque la réponse sera ambiguë, en particulier, lorsque l'individu acceptera de « s'ouvrir au monde », tout en prétendant ne pas s'y lier (cf. 2e partie de cette thèse).

3. — *Par un de ses actes, l'individu a provoqué involontairement ses semblables qui se prétendent liés à lui par un rapport de droit.*

C'est l'hypothèse de la responsabilité et du procès. Là encore, l'homme est appelé à se prononcer. Il peut reconnaître, ou contester cette exigence extérieure ; mais son attitude ne sera plus prépondérante, puisque, en définitive, la force sociale, sous les traits de la justice, tranchera la question en passant par dessus sa volonté, s'il le faut.

Néanmoins, la prise de position de l'individu sur le rapport de droit invoqué contre lui, présente une grande importance.

Si l'individu admet l'existence d'un lien juridique, ce dernier qui, jusque-là, n'était qu'invoqué, se trouvera consacré. Il acquerra une réalité indépendante de la volonté de notre individu, qui, même au cas d'erreur de droit, aura les plus grandes peines à se rétracter.

Par son attitude positive envers l'exigence extérieure, non seulement l'individu donne une efficacité immédiate à ce lieu juridique, en supprimant l'intervention des tribunaux, mais encore il se soumet définitivement à ce rapport de droit, contribuant ainsi à son établissement.

Si, au contraire, se fermant aux revendications, l'individu conteste ce lien de droit, de deux choses, l'une :

— ou bien, il faudra en faire reconnaître l'existence par la justice et obtenir le secours de la force sociale pour vaincre la

mauvaise volonté ; et, sur ce point déjà, l'attitude individuelle n'est pas indifférente, puisqu'il faut la surmonter. Elle est même temporairement déterminante, puisqu'elle aboutit au lien juridique d'instance,

— ou bien, les tribunaux ne reconnaîtront pas l'existence du droit allégué, et donneront raison à la contestation. Et, dans ce cas, le NON que l'individu aura opposé aux sollicitations externes sera efficace ; il n'est pas exagéré de dire que l'attitude négative aura été une des conditions de l'inexistence du rapport de droit.

*
* *

22. — Parvenus à ce stade de nos réflexions, il nous apparaît que l'attitude de l'individu constitue un des éléments les plus importants de la matière juridique.

En partant de cette base, nous espérons acquérir la connaissance de cette notion imprécise que sont :

Les réserves et les protestations.

De tout ce qui précède, on ne retiendra, pour l'instant que l'idée suivante, déjà exprimée à plusieurs reprises.

D'une manière générale, l'individu réagit vis-à-vis de son milieu, de deux manières absolument opposées suivant qu'il s'y intègre ou non.

— *sur le plan physique,* ce sera la satisfaction ou la douleur,

— *sur le plan intellectuel, l'approbation ou la condamnation, l'engagement ou le désintérêt,*

— *sur le plan juridique,* le consentement ou le refus, qui entraînent, pour ce qui nous intéresse, l'acceptation ou le rejet des liens de droit avec autrui.

Mais jusqu'à présent, nous n'avons envisagé le problème de l'individu aux prises avec l'ambiance sociale que d'un point de vue purement théorique et abstrait.

23. — Introduction de la temporalité dans les rapports humains.

En réalité, il serait vain de vouloir enfermer la multitude des réactions individuelles dans cette alternative. Le comportement humain n'a rien d'algébrique et ne se réduit pas à deux valeurs contraires, positive ou négative.

Dans l'étude des attitudes humaines, il convient de faire intervenir le temps, ou d'un point de vue plus individuel, la durée.

Le temps appliqué au monde, c'est l'évolution.

La durée, pour l'individu, c'est la possibilité de s'adapter.

Or, comment voudrait-on que, dans un monde en évolution

permanente, l'individu qui est à la recherche incessante de la meilleure adaptation possible, adopte immédiatement et à coup sûr des attitudes absolues et définitives ?

Chacun sait quels peuvent être les changements d'opinion, les remords, les voltes-faces, les rétractions, les désistements...

En se décidant, l'individu s'engage vis-à-vis de ses semblables, c'est-à-dire qu'il sait que les motifs de sa décision peuvent disparaître, sans qu'il puisse revenir sur ses actes.

Souvent, les réalités actuelles entraînent l'individu au OUI alors que l'avenir le presse au NON et l'on pense au mot de Proust : « Ce n'est jamais qu'à cause d'un état d'esprit qui n'est pas destiné à durer que l'on prend des résolutions définitives ! »

Si l'on veut, pour une psychologie instantanée, il y aurait bien seulement deux valeurs opposées : OUI ou NON, consentement ou refus, adhésion ou contestation, et les réactions personnelles se déduiraient du rapport :

$$\frac{\text{individu}}{\text{milieu ambiant}}$$

Pour une psychologie dans le temps plus réelle[7] il existerait une troisième attitude possible, une troisième dimension du comportement, une troisième valeur d'adaptation qui serait issue du rapport :

$$\frac{\text{individu}}{\text{milieu ambiant}} \times \text{temps}$$

Ce serait, croyons-nous, la réserve.

24. — La réserve implique l'idée de durée.

Les réserves consisteraient en cette attitude intermédiaire qui signifierait non pas, *oui* et *non* contradictoirement, mais *ni oui ni non,* ou plus logiquement, *non-oui* et *non-non.* Il s'agirait bien d'une troisième valeur émanant du déploiement de la personnalité dans le temps. Et, sur ce point, les découvertes de la logique la plus récente nous apporteront leur soutien[8].

Bien entendu, cette attitude est foncièrement individuelle et de caractère unilatéral. Comme telle, sa valeur sociale se révèle faible. Elle soulève la critique des juristes cartésiens quand elle ne se heurte pas à l'incompréhension des juges.

Il n'en demeure pas moins que les réserves correspondent à

---

7. On ne saurait à nouveau donner de meilleure illustration que celle de Proust : « Comme il y a une géométrie de l'espace, il y a une psychologie dans le temps où les calculs d'une psychologie plane ne seraient plus exacts parce que l'on n'y tiendrait pas compte du temps. »

8. Cf. *infra,* n° 133.

une nécessité chez l'individu, comme le prouvent leurs fréquentes utilisations.

Si l'on veut encore, les attitudes que prend l'homme sont une appréciation personnelle du monde qui l'entoure. Vis-à-vis de lui-même, l'individu adopte son milieu par le consentement et l'adhésion ; il porte alors sur le monde un jugement favorable.

Au contraire, il condamne, il rejette l'action de ses semblables par le refus ou la contestation.

Par les réserves, il n'adopte ni ne condamne le monde extérieur, et à la différence de son silence ou de son indifférence, il demeure en contact avec le milieu sans symbiose, mais sans désaccord : il ménage sa liberté d'action ; il prend une attitude de neutralité, tout en gardant un potentiel d'intervention. Par là même, les réserves portent aussi une appréciation sur le milieu ambiant, appréciation qui est toute faite,

1. — de prudence personnelle, d'attente,

2. — de mise en garde vis-à-vis de ses semblables, c'est-à-dire d'avertissement.

Les incertitudes humaines, la prudence, la loyauté, peuvent trouver ainsi leur solution juridique.

25. — Plan d'exposé.

Il semble que nous ayons suffisamment situé pour l'instant cette variante du comportement humain. Il nous reste à en obtenir *une définition* précise et juridique, à en mesurer la portée théorique. Ce sera l'objet de la *première partie* de cette thèse.

Une fois cette notion précisée, on s'apercevra qu'elle est susceptible de trouver application dans deux hypothèses très générales.

Et, en effet, si l'on admet que l'homme est conscient, cela signifie deux choses bien différentes :

Conscience du monde extérieur, d'une part, et d'autre part, conscience de lui-même dans ce monde extérieur ou conscience au deuxième degré.

Dès lors, l'individu est capable de porter des jugements des appréciations non seulement sur l'activité de ses semblables, mais sur la sienne aussi. Il peut formuler des réserves sur les rapports juridiques que les autres veulent ou ont déjà établis avec lui, mais également sur ceux que sa propre initiative fait naître.

On comprendra qu'il faut distinguer l'hypothèse où les réserves sont formulées isolément, en appréciation d'une entreprise ou d'une prétention extérieure.

Ce sera la *deuxième partie* : « Les réserves en réponse à l'activité du monde ».

L'hypothèse de la *troisième partie* sera celle où les réserves, et particulièrement les protestations, sont formulées par leur auteur en accompagnant son activité personnelle qu'il prétend « apprécier » du même coup :

« Les réserves et les protestations dans l'action ».

PREMIERE PARTIE

DÉFINITIONS DES RÉSERVES

CHAPITRE PRELIMINAIRE

26. — Le long exposé préparatoire de l'introduction nous a amenés à dégager deux idées qu'il s'agit maintenant de mettre à l'épreuve des faits.

— La première est le fondement général de cette étude. Nous nous efforcerons donc, avant toute chose, de la faire admettre ; par la suite, elle demeurera sous-jacente jusque dans nos derniers développements :

« L'attitude que prend un individu est prépondérante dans les modalités de ses rapports juridiques avec les tiers. »

— La seconde, subséquente de la première, représente l'aboutissement vers lequel tendent nos recherches :

« Les réserves seraient précisément l'une des attitudes que peut adopter un individu dans ses rapports avec les tiers, au même titre que, par exemple, l'offre ou l'acceptation, le refus ou la contestation etc. »

27. — Si l'on veut, le choix de l'individu face à une opération juridique imminente ne se limiterait pas aux seules options faire ou ne pas faire, accepter ou refuser, mais s'élargirait d'une troisième attitude juridiquement valable : la réserve.

La prudence avec laquelle nous énonçons cette proposition peut sembler superflue : il est évident que l'on peut toujours faire des réserves, ce qui n'engage à rien, et notre propos ne tend pas à limiter ou à réglementer les réserves.

Mais la question que nous nous posons est tout autre : Peut-on utilement faire des réserves ?

28. — La réserve est-elle une notion juridique ?

Il est capital, en effet, de savoir si l'individu qui, au cours de tractations juridiques, fait des réserves, se met, ou non dans une situation juridiquement définie, et donc protégée.

Autrement dit, cette déclaration de réserve faite lors de l'établissement ou de la disparition d'un lien de droit, signifie-t-elle juridiquement quelque chose, apporte-t-elle à son auteur le bénéfice des effets de droits propres à cette déclaration, tel

qu'aucune autre déclaration n'aurait pu lui en apporter ? Ou bien, n'est-ce qu'un élément de fait et d'information secondaire, une nuance de la volonté comme les parties en font lorsqu'elles sont sur le point de s'unir ou de rompre un lien juridique ?

Allons plus loin, cette opération juridique étant portée dans un tribunal pour appréciation, les juges constatant la présence de réserves, pourront-ils à première vue, en déduire des conséquences aussi nettes que s'ils avaient constaté par exemple, la présence d'une acceptation formelle ou d'un refus ?

Si oui, les réserves sont bien une attitude juridique et une notion de droit dont l'examen nous révèlera le caractère particulier et ses effets propres.

Si non, il nous faudra bien conclure que les réserves ne sont qu'une expression courante, traduisant peut-être une attitude psychologique, et utile dans la mesure où elle éclaire les nuances de la volonté, mais demeurant une simple modalité du vouloir, c'est-à-dire, du oui ou du non, de l'acceptation ou du refus.

29. — Pour notre part, nous avons déjà indiqué quelle nous semblait être la place des réserves dans le droit : une attitude juridique distincte de toutes les autres et ayant des effets propres.

Nous croyons même que seule cette manière de voir peut rendre intelligible dans le droit, science des rapports sociaux, ce phénomène psychologique complexe, qui, tout en s'adressant aux autres, tient de l'aparté et du recours à soi-même.

Il faudrait également indiquer où se trouvent nos conceptions par rapport aux données de la doctrine classique. Hélas, au cours des siècles, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas parvenues à dégager une notion claire des réserves parce qu'elles ont méconnu leur fondement psychologique.

Sans doute, les juristes étaient-ils convaincus avec une trop belle assurance que le concept n'avait pas de secret pour eux. Certains articles, certains arrêts qui nous ont, en fait, guidé dans notre réflexion, semblent s'harmoniser avec nos vues ; d'autres, au contraire, paraissent si éloignés des résultats auxquels nous sommes arrivés qu'il sera très difficile de faire le point.

Cette étude n'est donc pas une arme de combat ; il n'y aura pas de charges, pas d'assaut, à peine quelques harcelements contre les idées traditionnelles et les conceptions classiques qui, à dire vrai, ne se situent pas sur notre chemin.

En revanche, notre démarche sera lente et linéaire comme toutes les démonstrations qui ne rencontrent pas d'obstacle affermi. Qu'on ne se méprenne pas, cependant sur les difficultés que nous allons trouver : les réserves sont vieilles comme le

droit consensualiste, et leur usage immémorial leur confère le triste sort des notions toutes faites que l'on manie et dont on discute sans jamais les approfondir.

En fait, le plus difficile sera de faire admettre que les réserves sont une notion juridique ayant de profondes racines psychologiques, et qu'il faut sans cesse se reporter de l'une aux autres pour tenir le fil du raisonnement.

Dans cette tâche, notre principal adversaire ne sera pas un contradicteur conscient, mais cet état d'esprit général qui veut que la réserve soit une chose simple à priori.

On essayera de se déshabituer de ce concept trop banal et vide de signification pour l'analyser comme un phénomène nouveau et tenter d'établir qu'à travers toutes les espèces de réserves, un lien de connexité existe, une constante demeure : la même base psychologique, c'est-à-dire pour nous, cette notion d'attitude.

CHAPITRE I

ELEMENTS DES RAPPORTS SOCIAUX ET JURIDIQUES

SECTION I. — *Définition générale de l'attitude dans les rapports sociaux.*

Tout au long des développements précédents, nous avons employé le terme d'attitude, sans chercher à le définir au delà de son contenu ordinaire qui nous paraissait suffisamment éloquent pour les explications générales.

Mais nous nous en voudrions d'utiliser gratuitement un terme qui ne figure pas dans le vocabulaire juridique habituel si ce mot ne nous semblait pas correspondre à une réalité que ne recouvre aucun autre.

30. — La notion d'attitude.

L'attitude en général, signifie la manière d'être [9], ce qui indique à la fois la manière d'être pour soi-même — et c'est l'attitude que l'on prend — et la manière d'être pour les autres — et c'est l'attitude que l'on a ; ou, si l'on préfère, l'attitude, c'est la *présentation* de soi par soi-même, et également la *re-présentation* de soi que les autres ont de vous, à travers leur entendement.

On notera que l'attitude possède ainsi un aspect subjectif et un aspect objectif, et que, dans l'un ou l'autre cas, il s'agit d'un jugement porté sur les autres d'abord (l'attitude que l'on

---

9. Cf. Littré. L'étude des manifestations extérieures de l'activité est fort en faveur actuellement. C'est la psychologie du comportement (ou behaviorisme) d'après laquelle les êtres s'étudient du dehors, en considérant leurs réactions, leur comportement en des situations données.

Cf. Ferdinand Alquié, *Leçons de philosophie*, p. 118 (Didier). Cf. encore pour des données techniques, *Théorie du Comportement et Opérations*, Berlyne et J. Piaget (P.U.F.).

prend envers eux), et porté sur vous par les autres (l'attitude que l'on a, en définitive).

L'attitude est donc ce moyen terme qui existe entre chaque être et le monde de ses semblables, une sorte de « no man's land » psychologique ou chacun peut s'aventurer à porter un jugement.

Un terme psychologique [10] d'une aussi rare duplicité, nous paraît indispensable dans une étude qui traite, en premier chef, des rapports sociaux.

31. — L'idée de comportement est sous-jacente dans le droit privé.

Indiquons, pendant que nous sommes dans ces préoccupations liminaires, que, à notre avis, le droit privé a pour mission essentielle, la sanction des comportements humains. Le comportement, que nous définirons comme l'enchaînement dynamique des *actes et des états sociaux d'un individu*, peut recevoir l'approbation du droit : soit par exemple, des recherches, des pourparlers, une offre, et en définitive, un contrat ; soit également, une procédure respectée qui est, en fait, un comportement réglementé à l'avance et qui trouvera son aboutissement dans une situation juridique définie, conférant à son titulaire des droits, ou des voies de droit qui lui auraient été refusés autrement.

A l'inverse, un comportement peut attirer sur son auteur, la répression de la force sociale : soit éventuellement le comportement du délinquant [11], ou ceux qui sont définis par l'article 1382 et les principes de la responsabilité.

32. — Attitude et comportement.

L'attitude est au comportement ce que la date est au temps : un point de repère.

L'attitude s'inscrit dans le comportement, elle est définie par lui, bien que le comportement ne puisse se résoudre en un enchaînement d'attitudes, comme le temps ne se réduit pas à une succession de dates.

La date est une interruption intellectuelle et arbitraire dans le cours du temps ; de même, l'attitude que l'on peut définir à tous les stades du comportement représente toujours un effort de la pensée pour prendre conscience, à un moment donné, de la portée de ce comportement vis-à-vis des tiers. La preuve en

---

10. La notion d'attitude psychologique est classique. Cf. Jung, *Problèmes de l'âme moderne* (Correa).

11. Dans cet ordre d'idée, on observera que la loi pénale punit la tentative : c'est bien le comportement qui est ainsi visé, et non le résultat de ce comportement.

est que l'attitude se définit, elle ne résulte pas d'une donnée immédiate de la conscience, elle nécessite un temps de réflexion, comme tout jugement, comme toute appréciation.

33. — L'attitude constitue un jugement.

Car, aussi étrange que puisse paraître cette idée [12], la définition d'une attitude est un véritable jugement qui établit un rapport entre un comportement individuel, donnée éminemment subjective, et le milieu social où se font sentir ses incidences ; plus schématiquement, l'attitude résulte du rapport

$$\frac{\text{individu}}{\text{milieu ambiant}}$$

Bien entendu, comme toutes les appréciations, l'attitude comporte une indication de valeur : une attitude hostile ou bienveillante, ouverte ou fermée, sociale, indifférente ou contrariée.

Mais, qui porte ce jugement ?

Nous savons déjà qu'il peut être formulé par les deux parties en cause, l'individu ou les tiers.

Souvent, en effet, l'individu signifie de lui-même, ses dispositions à l'égard de ses semblables dans une déclaration par exemple. En matière juridique, ce sera l'offre, l'assignation, la mise en demeure et toutes les notifications et manifestations de volonté par un moyen quelconque d'expression. Il s'agit alors d'une atttitude consciente et volontairement adoptée.

A l'inverse, l'individu peut ne pas se soucier de l'attitude qu'il prend ; celle-ci alors ne tardera pas à être définie par les tiers dans la mesure où son comportement les intéressera ou les atteindra. Alors l'attitude est, pour ainsi dire, « attribuée ». Le droit connaît deux exemples classiques : l'exécution volontaire d'une obligation et l'accomplissement d'un acte de disposition entraînant l'acceptation de la succession. On pourrait tirer bien d'autres exemples de tous les actes tacites, et de ceux que l'on rattache à la théorie de l'apparence.

34. — La fonction régulatrice de l'attitude dans les rapports sociaux.

Ce qui nous intéresse, en définitive, plus particulièrement, c'est que l'attitude est une indication qui précède la formation des rapports de droit [13].

---

12. Cf. sur le jugement Burloud, *Traité élémentaire de psychologie*, p. 327 ; Cf. Alquié, *Leçons de psychologie*, p. 151 ; l'attitude apparaît comme la résultante du comportement évalué à un instant précis.

13. Cf. Durma, *La notification de volonté*, Introduction : « Il y a un domaine où l'on tient compte d'une volonté, c'est-à-dire d'un état psychologique, parce que les tiers ont agi en fonction de cet état. »

Que l'attitude de nos semblables nous guide dans notre comportement, nous le vérifions aisément dans la vie courante : au milieu d'une foule d'indifférents que nous approchons, l'attitude favorable, ou, au contraire, mal intentionnée, d'un individu, nous portera à multiplier les rapports sociaux dans un cas, à les éviter, à les rompre dans l'autre.

L'attitude se révèle donc plus qu'un jugement gratuit que l'on porte sur nous, ou que nous portons sur autrui, c'est un véritable signe qui permet à l'individu de situer ses semblables par rapport à lui-même, et par suite d'orienter sa conduite.

Et dès lors, si ce signe a une incidence sur notre comportement dans la mesure où nous en tenons compte, il n'est pas exagéré de dire que l'attitude d'autrui constitue un guide de notre action, tout comme un fait matériel, ou un impératif social ou économique. Tel n'est pas l'aspect le moins curieux de l'attitude : pour les tiers, elle traduit en réalité extérieure ce qui n'est, à l'origine, que l'état d'esprit subjectif d'un individu.

35. — A la lueur de cette brève description, on aura déjà compris que l'attitude se révèle un puissant moyen de compréhension des rapports sociaux.

En est-il de même pour les rapports juridiques ?

Nous allons nous efforcer de répondre par l'affirmative.

36. — L'attitude est une notion utilisable dans les rapports de droit.

Nous savons bien que l'attitude n'est pas une notion habituelle du droit, et d'ordinaire, elle est supplantée par le concept de volonté.

Mais, pour notre part, nous avons acquis la conviction que les réserves demeurent inssaisissables à partir des éléments traditionnels et, en particulier, à partir de la volonté. Quelle volonté, en effet, intervient dans les réserves ? Volonté réservée, ou réserve de volonté envers autrui, sans doute ; mais aussi, réserves volontaires ou volonté de faire des réserves à l'égard d'autrui. Quelle volonté s'abrite derrière une déclaration de réserve ?

Ainsi posée, cette question constitue un supplice pour l'intelligence. Les deux termes s'enchaînent bien sûr, mais avec une portée différente : ils ne se réduisent pas l'un à l'autre. Un antagonisme profond les maintient mutuellement au-delà de leur compréhension réciproque [14].

---

14. Il ne s'agit pas simplement d'un antagonisme de mots. A cet égard, on se reportera à notre introduction où nous avons noté que le concept de réserve impliquait à une contradiction latente. Cf. nº 8.

Pour retrouver le fil conducteur qui nous donnera la clef de ce problème, il nous a paru nécessaire de remonter aux toutes premières étapes du comportement humain, de faire en quelque sorte une théorie du comportement juridique, ou « beha viorisme », dans le droit.

Là nous avons trouvé le concept d'attitude qui seul, croyons-nous, permettra d'appréhender les réserves.

Cette voie peut sembler longue et détournée. Elle n'en demeure pas moins exempte des risques et des tortures au devant desquelles court l'esprit qui prétendrait trouver les réserves immédiatement, au détour, par exemple, d'une page de dictionnaire, fut-il un dictionnaire de droit.

En nous tenant donc à cette voie [15], nous procéderons en deux étapes :

1. On s'accoutumera à la notion d'attitude en la reportant dans différents contextes juridiques, choisis à dessein sous forme d'exemples ou d'hypothèses. Cette méthode empirique nous semble préférable à la citation de cas de jurisprudence où la réalité des situations juridiques évoquées, ne permet pas d'envisager toutes les issues éventuelles que peuvent trouver les rapports de droit.

Il apparaîtra alors que l'attitude est un concept latent dans toutes les modalités des rapports juridiques et que, par conséquent, son utilisation se révèle fort aisée en cette matière.

2. Ensuite, inévitablement, on en viendra à confronter la volonté et l'attitude. On verra ainsi que ces deux notions si proches à priori, ne se recouvrent pas en totalité dans leurs incidences, et demeurent, à l'analyse, bien distinctes l'une de l'autre.

Section II. — *L'utilisation de la notion d'attitude dans le domaine des rapports juridiques* [16].

37. — *Premier exemple :* Attitude dans une situation juridique préexistante.

Deux personnes ont signé un compromis de vente dont l'exécution se trouve retardée pour des raisons imputables aux deux parties.

---

15. Cette voie serait moins détournée s'il existait ailleurs une véritable théorie des comportements juridiques.

16. L'utilisation du concept d'attitude n'est pas absolument nouvelle en cette matière. Par exemple, on la trouve fréquemment dans l'ouvrage de M. Martin de la Moutte, mais d'une manière assez peu systématique, il est vrai. Cf. néanmoins, *L'acte juridique unilatéral* (1951) particulièrement à propos de la naissance des rapports juridiques, p. 276 et 291. Cf. encore l'Introduction de la thèse de Barrault (Dijon, 1912), *Le silence créateur d'obligations juridiques.*

Comment se présente la situation juridique ?

Les deux parties sont encore unies par un lien juridique fragile, pour ne pas dire évanescent : le compromis dont les termes ne furent respectés par aucune des parties.

Il reste deux possibilités :

— le maintien et le renforcement de ce lien juridique, qui, dans son évolution normale aboutira à la vente ferme, et à tous ses effets subséquents (obligation de garantie...) ;

— la rupture du lien juridique actuel, les deux parties renonçant à poursuivre l'opération, ou l'une des deux demandant la résolution et l'obtenant.

A ces deux possibilités correspondent d'ailleurs, deux voies de droit : l'action en exécution, plus ou moins problématique dans ces circonstances, et l'action en résolution.

Comment va évoluer la situation juridique ?

Avant de choisir entre ces deux possibilités, et de s'engager dans l'une ou l'autre de ces voies, le vendeur devra nécessairement sommer l'acheteur de prendre position : c'est-à-dire de définir son attitude dans la situation juridique présente (à moins, bien entendu, que le vendeur ne prenne lui-même l'initiative, en sommant l'acheteur de s'exécuter, ou en déclarant par exploit d'huissier, qu'il considère le lien comme rompu, ce qui ne ferait qu'inverser le problème).

Trois hypothèses doivent alors être envisagées : en réponse à l'initiative du vendeur :

1) L'acheteur fait une déclaration par laquelle il avise le vendeur qu'il ne s'estime plus lié par le compromis ou, au contraire, qu'il entend réaliser la vente.

Si cette attitude rencontre l'agrément du vendeur, la situation juridique disparaîtra par mutuus dissensus, ou évoluera en vente parfaite.

Si, à l'inverse, cette attitude est en contradiction avec celle du vendeur, la situation juridique se compliquera d'un lien de droit nouveau, celui de la contestation.

2) L'acheteur donne une suite directe à la sommation, en accomplissant un acte dit d'exécution, tel que le versement d'un nouvel acompte, ou en levant les obstacles qui avaient freiné la conclusion de l'affaire.

3) L'acheteur reste silencieux malgré les sommations d'huissier.

Le vendeur prendra acte de ce silence, et en soumettra l'appréciation aux tribunaux dans une action en résolution ou en exécution, selon son gré.

38. — A. — Le vendeur, qui dans notre exemple, possédait

l'initiative ne peut rien entreprendre avant d'avoir réussi à définir l'attitude de l'acheteur.

Nous verrons plus tard que quand deux parties se trouvent dans une situation juridique qui est sur le point d'évoluer, la connaissance de leurs attitudes est, en effet, indispensable. Cette connaissance que l'on acquiert réciproquement, est d'une importance considérable puisqu'elle sert de base à toutes les transformations qui peuvent intervenir ; elle est le point de départ de toutes les évolutions possibles du lien de droit.

Ainsi, dans la *première hypothèse,* la déclaration de l'acheteur, selon laquelle il reconnaît ou il nie le lien de droit qui le lie au vendeur, aboutit *soit* à l'accord des volontés réciproques et donc à la vente parfaite, *soit* à la contestation et donc au procès.

Dans la *deuxième hypothèse,* l'exécution volontaire, par l'acceptation du lien de droit qu'elle implique, redonne vie à une situation juridique, stagnante et confuse ; elle permet la reprise de l'opération toute entière.

Dans la *troisième hypothèse,* le silence, dûment constaté, et circonstancié par les sommations, donne ouverture à la voie de droit, c'est-à-dire, en définitive, à la résolution ou à l'exécution par contrainte. Ce n'est pas, comme on pourrait le penser, la sommation qui permet de recourir à la voie de droit, mais bel et bien le silence.

Si l'on veut, la sommation représente peut-être la condition de forme qui permettra, en définitive, le recours à la justice ; mais, en elle-même, la sommation n'a pas d'autres buts ni d'autres effets de circonstancier le silence, et d'en faire une attitude juridique ; et, c'est cette attitude juridique, ce silence inapproprié à la siuation, qui seul, motive le recours aux tribunaux.

Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que, si à la sommation, l'acheteur avait réagi par une autre attitude que le silence (ce sont les hypothèses précédentes), le recours à la voie de droit n'aurait pas été nécessaire.

En fait, le silence constaté après sommation devient un silence juridique, si l'on ose dire, et plus certainement, une attitude juridique, qui est la condition de fond de l'ouverture de l'action.

Nous pouvons conclure, sur ce point, en disant que dans notre exemple, tout au moins, l'attitude des parties détermine l'évolution de leurs rapports de droit.

39. — B. — Dans l'exemple que nous avons choisi, et quelle que soit l'hypothèse envisagée, nous n'avons rencontré aucune difficulté pour déterminer les différentes attitudes de l'acheteur ; mais on a pu remarquer que la méthode de détermination de ces attitudes variait selon les cas.

Dans la première hypothèse, l'acheteur fait une déclaration : en un seul acte, il prend une décision, il la définit et il la révèle au vendeur. On atteint la perfection juridique : l'attitude se confond avec la déclaration de volonté, elle est nette, consciente, volontaire, et immédiatement portée à la connaissance du vendeur.

Dans ces conditions, il n'y a guère de difficulté : on peut dire, au sens littéral du terme, que l'acheteur adopte une attitude et la définit simultanément pour les tiers — (acceptation ou refus) —. C'est l'attitude sous son plus pur aspect subjectif : *celle que l'on prend* en connaissance de cause envers quelqu'un, dans une situation donnée.

Dans la deuxième hypothèse, l'acheteur ne déclare rien, *il ne prend pas* explicitement une attitude ; il se contente d'agir dans le sens de l'exécution ; on dira que l'acte comporte implicitement une attitude.

Mais ici, nous devons redoubler d'attention. Dire que l'attitude est prise implicitement, c'est dire qu'elle résulte naturellement de l'acte, aux yeux du vendeur, c'est dire encore que le vendeur a connaissance de cette attitude de l'acheteur par un phénomène de déduction ou de représentation à partir de l'acte. C'est donc bien le vendeur cette fois, qui définit l'attitude à partir de la seule donnée qui lui soit fournie : l'acte en question. Il attribue à l'acheteur une attitude en fonction de son comportement. Dans cette hypothèse, l'attitude est définie extérieurement, objectivement.

Si l'attitude existe implicitement dans l'acte d'exécution aux yeux du vendeur, il est probable qu'elle existait dans l'esprit de l'acheteur, lorsqu'il a procédé à cet acte, mais nous n'en savons rien, et il est même inutile de le rechercher par des spéculations psychologiques incertaines.

En effet, la connaissance de l'attitude de l'acheteur à travers l'acte d'exécution suffit très largement au vendeur pour sa sécurité juridique, et il peut, dès lors, agir en considérant cette donnée pour acquise (nous verrons plus loin pour quelles raisons : cohérence et interprétation).

Dans la troisième hypothèse, l'attitude ne résulte ni d'une déclaration, ni d'un acte de l'acheteur, mais de son silence circonstancié. Le silence ne traduit évidemment aucune résolution interne, mais considéré de l'extérieur, objectivement replacé dans les circonstances juridiques, il prend le relief d'une attitude peu judicieuse, mais néanmoins juridique, dans la mesure où elle confère l'initiative au vendeur, et après quelques formes de procédure, la compétence aux tribunaux. Dans ce cas, comme précédemment, il est absolument sans intérêt de rechercher les mobiles psychologiques qui ont amené l'acheteur à garder le

silence. Il suffit de constater *objectivement* l'attitude à l'égard du vendeur pour permettre la progression de la situation juridique vers d'autres étapes.

40. — Facilités de détermination des attitudes.

L'attitude représente cet élément indéfinissable de la personnalité qui marque les rapports de l'être et de son milieu : il est bien évident que l'on peut définir ce rapport en prenant indifféremment pour base d'investigation l'un de ses termes, c'est-à-dire, soit l'être lui-même, soit le milieu externe.

Or, on ne connaît l'être lui-même que lorsqu'il veut bien se révéler dans des déclarations de volonté auxquelles, d'ailleurs, notre droit donne la préférence, et ceci par respect pour le principe de la volonté interne.

Mais à défaut de ces manifestations expresses que l'on ne peut pas exiger en chaque circonstance, le droit se contente de la connaissance ordinaire de l'attitude des individus que chacun peut avoir, c'est-à-dire celle qui s'obtient par représentation.

On comprend, on définit l'attitude d'autrui, comme on interprète ou comme on se représente un fait juridique quelconque.

Dans ces conditions, on conviendra que l'attitude juridique d'un individu apparaît comme une notion aisée à utiliser puisqu'elle ne laisse jamais le juriste désarmé.

— soit qu'il se reporte aux déclarations de l'intéressé,

— soit qu'il se réfère à un examen objectif de son comportement.

On ne pourrait en dire autant de la notion de volonté interne qui requiert du juriste, outre la perspicacité, le recours à des moyens empiriques, tels les fictions et les présomptions.

41. — L'examen d'autres situations juridiques nous amènerait à formuler les mêmes observations.

Examinons rapidement deux autres exemples pour nous assurer que les conclusions auxquelles nous sommes parvenu ne devaient rien à l'espèce précédente.

42. — *Deuxième exemple :* L'attitude dans la responsabilité.

Soit un accident à l'issue duquel une des personnes qui s'y trouve impliquée, paraît reconnaître sa responsabilité. Dans les jours suivants, elle garde cependant le silence. La victime somme alors cette personne de procéder à la réparation du dommage qu'elle a subi.

Si cette personne prend une attitude favorable à la requête de la victime, si elle reconnaît sa responsabilité, ou plutôt si elle *accepte* l'existence du lien de droit invoqué contre elle, on parviendra très vite à une transaction ou à la réparation inté-

grale du préjudice. Dans ce cas, la situation juridique prend fin amiablement.

Si cette personne n'est plus disposé à reconnaître sa responsabilité, ou si elle maintient son silence, cette attitude ne conviendra pas à la victime, et nous assisterons à la contestation, c'est-à-dire, en quelque sorte, à un conflit d'attitude sur un lien de droit qui sera finalement tranché par la justice.

On remarquera à nouveau que, ici comme précédemment, on n'a éprouvé aucune difficulté à déterminer les attitudes réciproques et que celles -ci ont conditionné sans aucun doute, l'évolution de la situation juridique.

43. — *Troisième exemple* : l'attitude dans la formation des contrats.

Soit encore un exemple beaucoup plus simple.

Un individu fait une offre à un tiers et il est disposé à donner suite à cette offre si elle est acceptée.

Le tiers peut prendre trois attitudes à l'égard de l'offrant :

— L'acceptation qui formera le lien de droit ; le tiers deviendra co-contractant et la situation juridique sera celle du contrat.

— *Le refus* qui écartera le lien de droit proposé et délivrera l'offrant des obligations résultant de sa propre attitude (obligation de maintenir l'offre pendant un certain délai et d'y donner suite si elle rencontre l'acceptation).

— *Le silence* qui n'aboutira à aucun lien de droit, mais qui maintiendra la situation juridique de l'offre jusqu'à expiration des délais en usage. Ensuite, comme pour le refus, les deux individus redeviendront étrangers l'un à l'autre. Il retrouveront la situation de tiers, l'un à l'égard de l'autre, situation normale qui avait été modifiée par l'offre.

Ici encore, il suffit de constater que l'un des individus a pris l'attitude de l'offrant, et l'autre celle de l'acceptation ou du refus ou de l'indifférence pour connaître la suite de leurs rapports de droit. L'intérêt de la notion d'attitude paraît en ce qu'elle recouvre, outre les manifestations de volonté, tous les comportements, plus ou moins définis, dont on peut se demander même s'ils résultent d'une volonté quelconque.

Quelle volonté s'abrite, en effet, derrière le silence ?

Présumerait-on une volonté de refus, que l'on pourrait tout aussi bien présumer l'absence de volonté, l'indifférence, l'apathie, la stupidité, la folie, etc.

Nous parvenons ici au problème des rapports entre attitude et volonté.

Section III. — *L'intervention de la volonté dans les rapports juridiques.*

A. — *La conception traditionnelle des rapports juridiques. Le rôle exclusif de la volonté.*

44. — La conception classique des rapports juridiques, si toutefois l'on peut parler de conception classique en cette matière, ne connaît pas l'attitude en tant que notion juridique, parce qu'elle ramène tout à la volonté.

On peut d'ailleurs, comme nous venons de le souligner, hésiter à évoquer une conception classique des rapports juridiques. Il serait plus juste de dire qu'il y a eu simplement une tentative cohérente pour concevoir dans son ensemble le problème des rapports juridiques : il s'agit de la théorie de l'autonomie de la volonté dont la vogue a pu faire croire, au siècle dernier que les problèmes du droit avaient trouvé une solution générale.

Mais depuis, si critiquée et tant décriée, cette théorie a marqué un recul d'une telle importance que l'on se contente aujourd'hui d'évoquer ses mérites passés...

Cependant, cette conception qui faisait l'unité du droit autour de la volonté, n'a été remplacée par aucune autre synthèse de même ampleur, si l'on excepte les théories normativistes qui n'ont pas, en France, reçu une approbation unanime. On assiste alors à ce phénomène curieux : personne ne suit plus la théorie de l'autonomie dans ses ultimes aboutissements, personne ne nie ses erreurs, ses excès, ses invraisemblances, et pourtant la plupart des juristes continuent à penser les rapports juridiques, en fonction de ce monument délabré mais qui est resté seul de son espèce [17].

Si donc, nous nous référons à la « conception classique », ce n'est qu'autant qu'elle existe à l'état latent seulement, informulée dans une expression moderne, parfois inconsciente [18]. En fait, il s'agit surtout d'un état d'esprit empli des séquelles de la théorie de l'autonomie, auxquelles s'ajoutent, il est vrai, tous les grands principes de notre droit, tels que la liberté, dogme de la Révolution, le consensualisme, hérité des Romains, etc.

La liberté, le consensualisme, ne laissent-ils pas entendre

---

17. Cf. Gounot, *L'autonomie de la volonté*, thèse, 1912. Introduction : « Cette théorie tend à devenir un pli du cerveau, une sorte de tempérament intellectuel. »

18. A ce sujet : Gounot, précité, note : « Rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore. »

d'eux-mêmes que nos institutions ne permettent pas d'enchaîner les hommes sans leur assentiment ?

45. — Voilà les sources, les origines de cette « conception classique ». Quel en est le contenu ?

A ce propos, M. Chabas dit, au début de son excellent ouvrage [19] : « Le véritable esprit du Code, c'est que l'on ne peut forcer ce que j'appellerai la sphère juridique de chacun. »

Cette citation illustre bien, en effet, l'esprit du droit classique : la volonté est non seulement cette force qui cherche à intervenir dans la sphère juridique d'autrui, mais c'est aussi ce principe souverain qui permet à chacun de tolérer, ou de repousser cette intrusion venue de l'extérieur.

A la base de toute conduite humaine, à la base de tout comportement juridique, se tiendrait une *volonté,* volonté plus ou moins profonde ou consciente, ni toujours très claire, ni très bien exprimée, *mais constamment présente.*

46. — Le postulat de l'esprit classique.

De ce principe, il résulte naturellement que les rapports juridiques, quelle que soit la cause de leur formation dont nous nous désintéressons pour l'instant, ne pourraient évoluer, disparaître sans l'intervention, sans le contrôle, de la volonté régulatrice de tous nos comportements.

Ainsi, les situations juridiques bilatérales [20], comporteraient nécessairement *la présence de deux volontés intervenant à tour de rôle,* l'initiative ou les déclarations de l'une appelant en retour un acte ou une réponse de l'autre.

D'une manière un peu empirique, on pourrait se représenter les volontés respectives avançant pas à pas, et face à face, en sorte que, à une manifestation de volonté émanant de l'une des parties, devrait en correspondre une autre, concordante ou contraire, selon qu'elles progressent dans la voie de l'accord ou dans le cheminement de la contestation. Toute tractation donnerait lieu, entre les parties, à un gracieux ballet orchestré par la loi.

Telle serait la représentation de la démarche des volontés dans les rapports de droit, du moins d'après cette conception ou cet état d'esprit auquel nous faisions allusion.

Il est bien évident, en effet, que le postulat de la « *volonté présente* » *dans tout comportement juridique individuel,* impli-

19. Chabas, *La déclaration de volonté,* thèse, Paris, 1931.

20. On observera que lorsqu'il s'agit de rapports juridiques, on sous-entend évidemment qu'il s'agit d'une situation juridique bilatérale, c'est-à-dire d'une situation juridique objective où interviennent deux parties à un moment donné.

que la réciprocité des volontés dans toute situation juridique bilatérale. D'ailleurs, on notera avec quelle méfiance les juristes accueillent l'évocation des volontés unilatérales.

Nous ne doutons pas que cette conception comporte une grande part de vérité. Mais l'erreur consiste à lui accorder une valeur absolue, à en faire un système intransigeant.

47. — Objection : le défaut de volonté.

En réalité, les tractations juridiques ne sont pas exclusivement le fait d'individus particulièrement diligents et attentifs, ou même méticuleux, dans la conduite de leurs affaires. Il existe dans le droit, comme ailleurs, des gens incapables et insouciants, négligents ou débordés. Dès lors, on doit bien tenir compte aussi des situations où la volonté des parties, ne serait-ce que de l'une d'entre elles, ne revêt pas un aspect bien convaincant, et s'abrite, par exemple, derrière un mutisme déconcertant [21].

Dans l'esprit classique, on imagine mal ce qui peut alors se produire ; et pourtant, on n'a jamais entendu dire que des rapports juridiques soient restés éternellement en suspens parce que la volonté d'une des parties faisait subitement défaut.

L'esprit classique a bien eu conscience de cette objection, mais le dogme de la « volonté nécessaire » a cependant été sauvegardé, au prix il est vrai, de quelques artifices.

48. — Palliatif classique : les volontés artificielles.

Ainsi, on a tout d'abord invoqué la *volonté tacite,* ce qui implique encore sa présence, mais muette et donc difficilement constatable. Bien des volontés douteuses ont été confirmées de cette manière.

Puis dans les circonstances plus alarmantes, on a fait appel aux présomptions de volonté qui relèvent déjà d'une technique plus téméraire, car il s'agit en fait d'un acte de foi : on croit à la présence de la volonté, mais il s'avère inutile, voire impossible, de la vérifier.

Enfin, dans les cas désespérés, on a eu recours à la fiction, ultime procédé qui implique, en fait, un désaveu du principe de base car il s'agit, tout en reconnaissant l'absence de volonté réelle, de faire comme si elle existait [22].

Pour être complet, il faut en outre rappeler la célèbre distinction entre les lois dites interprétatives et supplétives de volonté, dont l'évocation seule suffit à montrer qu'il existe des

---

21. Cf. à ce propos, l'introduction de la thèse de Barrault, précité.

22. Cf. Gounot, *L'autonomie de la volonté,* thèse, Dijon, 1913, p. 110 et s.

volontés reconnues obscures, incertaines ou totalement défaillantes !

La conception classique reconnaît donc implicitement que la volonté fait parfois défaut, mais en même temps elle rejette cette éventualité, elle nie cette évidence, en utilisant toutes sortes de palliatifs, ou en s'évadant au besoin, dans la fiction.

Cette contradiction flagrante ne mérite pas d'autres critiques que celle qui sont traditionnellement adressées à la théorie de l'autonomie ; il demeure impossible d'enfermer tous les aspects du droit dans un seul concept sans déformer gravement la réalité ; à propos, on se reportera utilement à l'admirable thèse de M. Gounot, qui a montré, mieux que nous ne saurions le faire ici, les véritables limites du rôle de la volonté [23].

49. — Retenons seulement que la volonté devient incapable d'expliquer le fonctionnement de tous les rapports juridiques, sitôt que l'on admet qu'elle peut, éventuellement, être défaillante. Nous demandons donc que soit dressé ici un constat du défaut de volonté.

50. — Volonté et non-volonté.

L'idée selon laquelle on ne peut forcer la sphère juridique d'autrui nous paraît alors excessive si elle implique, pour parvenir à ce résultat, la présence de deux volontés en corrélation constante (celle du tiers intervenant et celle du titulaire de la sphère). Cette représentation vaut bien pour les rapports juridiques conventionnels qui, eux, exigent par hypothèse, l'accord de deux volontés ; mais elle est inexacte dans toutes les autres situations bilatérales où *nous ne sommes pas assurés qu'il y ait réellement dans chaque cas, deux volontés en présence* [24].

En d'autres termes, nous croyons que, si volonté permet de comprendre les modalités de nombreux rapports juridiques, en revanche, l'absence de volonté, la mauvaise volonté, la négligence en expliquent bien d'autres.

Mais n'anticipons pas sur nos développements ultérieurs. Nous savons seulement pour l'instant que la volonté intervient dans les fluctuations des liens de droit, mais qu'*elle n'est pas tout*, contrairement à l'opinion traditionnelle. Il nous importe alors de rechercher son rôle réel ; ce but atteint, nous pourrons

---

23. Gounot, *L'autonomie de la volonté,* thèse, Dijon. On retiendra en particulier qu'il faut tenir compte, en plus de la volonté individuelle de bien d'autres éléments, tels que la réalité sociale, la sécurité juridique, les impératifs économiques...

24. Cf. à ce sujet, la théorie des droits potestatifs signalés par M. Martin de la Moutte, *La notion d'acte unilatéral,* p. 58 (1951).

avec certitude situer respectivement les notions de volonté juridique et celle d'attitude.

B. — *La recherche du rôle réel de la volonté : Les états de volonté.*

51. — Cette recherche commencera par une observation bien banale frôlant l'évidence, mais dont les théories précédentes ne tiennent pas compte. Il est des lieux communs que l'on a tendance à perdre de vue.

La volonté représente chez l'homme une éventualité et non une nécessité de tous les instants ; pourtant, il est tout aussi légitime d'envisager sa présence que son absence, et donc les effets de son intervention que ceux de son défaut.

On est, en effet, porté à oublier que l'objet du droit, le sujet du droit, demeure, malgré tout, l'homme lui-même, et non sa volonté qui ne saurait représenter autre chose qu'un élément de sa personnalité.

52. — La notion de volonté juridique réservée aux techniciens.

« La volonté juridique » selon la conception traditionnelle est une abstraction qui peut correspondre aux besoins d'une analyse technique, mais qui ne devrait pas être à l'usage des tribunaux.

En particulier, il ne faut jamais l'employer pour comprendre les opérations de la vie courante, celles du commerce par exemple, car elle dissocie arbitrairement l'homme de son vouloir. Elle en fait deux éléments étrangers que l'on n'hésite pas, en cas de crise, à mettre en conflit !

C'est aller un peu plus loin, c'est oublier que, s'il y a des hommes sans volonté, il n'y a pas de volonté sans hommes.

Le droit traite donc des hommes et non des volontés ; si la volonté intervient dans les rapports juridiques, tant mieux. Mais elle reste un simple moyen, une simple faculté au service de l'homme[25] comparable par exemple à son intelligence, à sa patience, à toutes ses autres aptitudes...

Par conséquent, il est tout à fait illogique d'envisager les rapports de droit, comme des liens établis de volonté à volonté ; il est tout aussi anormal de parler d'accord de volontés ; il n'y a

25. Cf. Gounot, *L'autonomie de la volonté* : « Le droit est un pouvoir de volonté, certes, mais un pouvoir au service de fins justes. La volonté est une force parmi d'autres, un instrument, un moyen. Or, un instrument, un moyen n'ont pas de valeur en soi... », p. 330 et s.

que des accords d'hommes ou des conflits entre hommes par l'intermédiaire de leur volonté.

Gardons-nous de confondre la fin et les moyens.

53. — La volonté réelle est un état de l'individu.

Ce qui importe donc, ce n'est pas la volonté abstraite et incontingente qui émanerait d'un individu et s'en détacherait ainsi qu'une norme in vacuo ; *c'est l'état de cet individu* quant à sa faculté de vouloir envers quelqu'un ou envers quelque chose dans une situation connue, à un moment déterminé ; plus simplement, ne nous intéressent que les états de volonté, ou encore la volonté relative et contingente.

La volonté est-elle jamais autre chose qu'un état ou qu'un dynamisme de l'individu, indissociable de l'être lui-même et de l'objet vers lequel il tend ?

54. — Intérêt de la distinction.

On se demandera sans doute si nous ne compliquons pas à l'excès le problème de la volonté par des discussions byzantines.

Cependant, on conviendra qu'il existe une notable différence entre l'examen d'un état de volonté, et celui d'une volonté pure et simple.

En effet, envisager l'état de volonté chez un individu, c'est, toute proportion gardée, se pencher sur un fait premier qui présente un large éventail de possibilités ; c'est se demander si l'individu en question a voulu, s'il n'a pas voulu, s'il n'a rien voulu.

Autrement dit, l'examen de l'état de volonté ne préjuge en rien de l'existence chez l'individu d'une volonté qui représente le possible, mais non le certain. Cet examen peut donner un résultat positif ou négatif ; il peut faire jour à une volonté actuelle, mais il peut de même révéler un état de non-volonté où celle-ci demeure simplement virtuelle, susceptible d'intervenir plus tard, et peut-être jamais.

En définitive, l'examen d'un état de volonté réserve l'éventualité d'un état de non-volonté.

Au contraire, prétendre examiner de plano la volonté des individus pour connaître leur situation juridique, c'est poser, à priori, l'existence de cette volonté, ce qui représente, on l'admettra, une grande part de spéculation.

Ainsi s'explique l'embarras de nombreux juristes et leur désappointement lorsqu'ils constatent que la volonté fait effectivement défaut ; on comprend alors leur empressement à la rétablir par le jeu artificel des présomptions et des fictions.

55. — Les différents états de volonté.

Ces considérations vont trouver une utilisation immédiate dans le cadre de notre examen des rapports juridiques.

Dans une situation juridique bilatérale, en effet, on discernera en tout et pour tout quatre états de volonté susceptibles d'apparaître entre les deux parties en cause.

1) *La volonté d'intervention, ou « volonté active »* qui se manifeste soit pour créer une situation juridique nouvelle, soit pour activer la progression ou le dénouement de rapports de droit déjà existants. Cet état de volonté correspond sommairement à l'initiative qu'un individu prend envers autrui.

2) *La volonté de concordance de la partie,* qui, soumise à l'initiative précédente, l'accepte, l'admet et y participe conjointement. Cet état de volonté correspond au consentement, à l'acquiescement, etc.

3) *La volonté contraire ou d'opposition,* par laquelle inversement la partie sollicitée s'insurge et lutte contre l'initiative d'autrui ; ainsi le refus, la contestation...

4) *L'absence de volonté* chez la partie sollicitée.

56. — La carence du vouloir à notre époque.

Ces notions très concrètes ont le mérite de serrer la réalité de beaucoup plus près que ne le faisaient les thèses de l'autonomie.

Ces dernières s'aveuglaient sur le mythe du vouloir omniprésent auquel elles conféraient des vertus fictives et presque magiques.

L'individu type du droit classique devait être un acharné, débordant d'intentions et d'arrière-pensées, perpétuellement sur la brèche de ses intérêts pour saisir toute occasion de les faire valoir.

Est-ce l'évolution du monde moderne ? Ce portrait ne convient plus à notre époque : l'activité d'aujourd'hui ne permet pas de s'arrêter aux difficultés d'une seule affaire quand dix autres sont en marche.

Il faut donc, semble-t-il, accorder une part plus importante, parce qu'elles sont plus fréquentes, à toutes les défaillances de la volonté, quelle qu'en soit la cause.

Il ne s'agit pas d'excuser la carence humaine mais de la constater comme un fait qui influe sur les tractations juridiques.

Si, il y a cent ans, la volonté pouvait au prix de quelques artifices, rendre compte de l'ensemble de la vie juridique, il n'en est plus de même de nos jours.

Il faut donc lui substituer une notion plus large et plus réaliste : c'est celle d'attitude qui recouvre tous les états de volonté, ou de non-volonté, par lesquels peut passer un individu.

CHAPITRE II

LES ETATS DE VOLONTE

SECTION I. — *Analyse des états de volonté.*

57. — Il ne suffit pas d'avoir adopté cette notion dans le chapitre précédent, il faut maintenant en mesurer toute la portée pratique dans les situations juridiques bilatérales.

Nous allons voir que les états de volonté permettent de comprendre les incidences de la volonté individuelle sur autrui.

Nous commencerons par analyser les états de volonté les mieux connus, ou tout au moins, les plus habituels dans le droit, réservant ensuite toute une section aux caractères propres à ce que nous avons appelé l' « état de non-volonté ».

58. — La volonté d'intervention, ou sollicitation.

Le premier état qui se caractérise par la présence d'une « volonté active » est à l'origine de toute situation juridique. Il représente tout acte, toute intervention qui tend à créer des liens juridiques, si ceux-ci n'existent pas encore, à activer leurs effets s'ils existent déjà, mais n'ont pas atteint l'efficacité voulue.

Ce peut être par exemple, l'offre de contrat, une demande d'indemnité, un rappel de ses obligations au débiteur, une demande en justice, etc. et tous menus actes de la vie juridique qui tendent à établir un lien avec autrui, à utiliser un droit à l'encontre d'un tiers, à parvenir à la fin d'une opération juridique commencée.

Remarquons qu'il s'agit bien d'une *volonté active,* c'est-à-dire d'une *démarche* volontaire vers l'extérieur, car un droit, un fait, un acte quelconque ne suffisent absolument pas à créer un rapport entre deux individus, même s'ils intéressent leur patrimoine respectif. Il faut, en outre, une intervention personnelle de l'un des deux individus qui entend établir le rapport, en vertu de ce droit, de ce fait, de cet acte. L'initiative de cette

démarche appartient à l'un ou à l'autre de ces individus, à celui qui possède le droit et veut l'exercer, ou à celui qui en sent la menace et cherche à en prévenir l'action.

En fait, l'initiative revient au plus diligent.

Sans l'intervention de cette volonté active, les rapports juridiques ne deviendraient jamais effectifs, ils resteraient virtuels.

59. — Prenons un exmple très banal : dans la rue, deux voitures se heurtent. Le propriétaire de la voiture tamponnée se contente comme il arrive quelquefois, d'exprimer à son antagoniste le mépris qu'il éprouve à son égard, puis continue sa route : le fait générateur du rapport de droit existe, mais celui-ci ne prendra néanmoins pas naissance, *par défaut de volonté de la victime de l'incident.*

Au contraire, si la victime exige un constat, il ne fait pas de doute que sa volonté, dans cet instant conditionne tous les rapports de droit à venir.

A vrai dire, toutes les situations juridiques bilatérales, pourraient servir d'exemple, puisque dans chacune une volonté est intervenue soit pour la créer, soit pour la mettre en œuvre, soit pour y mettre fin.

La volonté active caractérise donc l'état de l'individu qui prend une initiative quelconque dans la création ou l'aboutissement d'un rapport de droit.

60. — Parvenus à ce stade de raisonnement, nous allons pour ainsi dire, changer de camp : alors que nous venons d'analyser l'initiative en elle-même, nous la considérons désormais comme un fait extérieur à l'individu sollicité qui seul, retiendra maintenant notre attention.

On peut se représenter la situation de la manière suivante : un individu entreprenant prend contact avec un autre : c'est l'œuvre de ce que nous venons d'appeler « la volonté active ». L'individu auquel s'adresse cette initiative et que l'on imagine à priori, dans une ambiance de quiétude ou d'indifférence, se trouve ainsi sollicité : on l'interpelle, on attend sa réaction.

Toutes proportions gardées, l'examen auquel nous procédons ressemble à une expérience de biologie. La volonté active symbolisait le stimulus ; l'individu sollicité prend maintenant le rôle de l'être dont on analyse la réaction.

La comparaison ne vaut cependant qu'à cette différence près : l'enchaînement stimulus — réaction est fondé en biologie sur le déterminisme ; alors que les réactions juridiques à des sollicitations intellectuelles demeurent soumises au libre arbitre qui exclut, évidemment, l'automatisme.

61. — Réactions de l'individu sollicité.

Quoiqu'il en soit, l'individu peut effectivement réagir de deux manières, *si toutefois il réagit.*

Et nous allons retrouver ici deux autres états de volonté que nous avions énumérés plus haut.

Il peut réagir ou répondre à l'initiative d'autrui :

— soit par une volonté concordante,

— soit par une volonté contraire.

62. — Réaction favorable à la sollicitation.

La volonté de concordance est celle par laquelle l'individu sollicité, accepte, admet, ou même adhère à l'initiative d'autrui.

Les rapports de droit les plus évolués dans le sens du consensualisme exigent précisément cette adhésion à la volonté d'autrui, en sorte que l'on peut parler de la commune intention des parties dans la convention, et évoquer « la volonté du contrat » comme une seule et unique émanation de la volonté des parties [26].

Dans ce cas, il s'agit non seulement d'une volonté de concordance, mais d'un vériable désir de coopération.

Dans d'autres rapports, il suffit que l'individu admette le fait ou la volonté d'autrui, sans pour autant la faire sienne ; tel est le cas, par exemple, dans l'acquiescement, l'acceptation des donations, la ratification de gestion d'affaire etc.

Enfin, à un degré moindre, tous les rapports juridiques requièrent, à un moment ou à un autre, l'approbation du comportement de l'autre partie. Sans que cette opinion porte à voir l'intervention de volonté tacite dans toutes les opérations, il faut reconnaître que la progression des rapports de droit exige parfois un minimum de collaboration.

Ne dit-on pas que la contestation elle-même, et partant, le procès reposent sur un accord des adversaires, accord qui porterait sur l'objet du débat, parfois même sur l'administration des preuves [27].

63. — Réaction contraire à la sollicitation.

Cependant, ce qui caractérise la contestation, c'est *l'état de volonté contraire* à celle d'autrui ; et ici nous commençons l'examen du troisième état de volonté que l'on peut rencontrer dans une situation juridique bilatérale.

La volonté contraire est l'état d'opposition de l'individu à

---

26. On trouve cette expression « volonté du contrat » chez Saleilles (*De la déclaration de volonté*).

27. Cf. Hauriou, *Les éléments du contentieux* et *le Cours de doctorat*, 1959, *La charge de la preuve* de M. J. Chevallier.

l'initiative d'autrui, à la sollicitation extérieure. C'est un mode de réaction particulièrement net, car il dresse face à face les deux parties.

64. — Importance du refus.

Le refus que l'on oppose à l'offre d'autrui procède de cette volonté. Théoriquement, le refus devrait posséder dans le droit la même importance que l'acceptation ou le consentement, dont il représente l'exacte symétrie. Il correspond au choix que le libre arbitre de chacun peut faire : accepter ou refuser sont deux voies contraires dans lesquelles le comportement individuel peut s'engager indifféremment.

Mais la doctrine s'est surtout attachée à étudier le rôle de la volonté dans la formation du contrat. Et dans cette hypothèse, sans aucun doute, le refus qui rejette la formation de liens juridiques et qui écarte l'éventualité d'une convention, produit infiniment moins de conséquences juridiques que le consentement qui forme cette convention. Par conséquent, en cette matière, le refus n'incite pas le juriste à de longs développements.

En revanche, dès que l'on sort de la période pré-contractuelle et de la phrase de formation du contrat, le refus intervenant dans les multiples incidents de l'exécution du contrat retrouve tout son intérêt (ex. inexécution fautive, rupture de contrat, etc.)

De même, en matière de responsabilité, de procédure, bref, dans tous les rapports juridiques non conventionnels, l'apparition d'une volonté contraire revêt la même importance que l'intervention d'une volonté de concordance. Ainsi dans bien des situations, l'état de volonté contraire chez une partie marque le début de la contestation et du procès, par conséquent, marque la naissance d'une situation juridique nouvelle où apparaîtront des liens de droit nouveaux (lien juridique d'instance, etc.).

65. — Situations définies par les volontés réciproques des parties.

Par le jeu de leurs volontés concordantes (mutus consensus ou dissensus), ou de leurs volontés contraires (initiatives essuyant un refus, acte soumis à contestation), les hommes établissent, harmonisent, définissent leurs situations juridiques respestives ; ainsi, pourrions-nous résumer le rôle de la volonté dans les rapports juridiques. Nous avons situé, au sein d'une situation juridique, les états de volonté de chaque individu, en opposant, d'une part l'initiative, et d'autre part, les volontés contraires ou concordantes qui peuvent accueillir cette initiative.

66. — Ces états de volonté sont fort importants, et même primordiaux ; ils sont généralement bien connus, tout au moins en matière contractuelle où l'on oppose traditionnellement l'offre à l'acceptation ou au refus. Au mieux donc, notre effort n'a, jusqu'à présent, consisté qu'à reprendre les données classiques en dépassant le cadre du contrat et en montrant qu'elles existaient dans toutes les sortes de rapports juridiques.

67. — Situations où il n'y a pas réciprocité des volontés.

Mais nous pensons que si notre analyse devait s'arrêter là, elle serait insuffisante.

Nous avons déjà dit, auparavant, que l'individu, objet d'une initiative d'autrui, n'est tenu ni de s'y conformer, ni de la combattre ; il n'est même pas tenu d'opter pour l'une ou l'autre de ces solutions, il n'est tenu à rien du tout. Il peut, si telle est son humeur, rester de marbre et opposer son indifférence à l'agitation extérieure : ce que les anglo-saxons expriment dans la formule « Attendre et voir venir ».

Par conséquent, notre devoir est bien de tenir compte de ces états de l'individu, qui sont par référence, aux hypothèses précédentes, des *états de non-volonté*.

Il s'agit alors de se pencher sur le cas méconnu du défaut de volonté, et de mesurer les conséquences, les prolongements dans la situation juridique de cette absence de vouloir.

68. — La notion de non-volonté dans les rapports de droit.

L'absence de volonté paraît à priori une notion bien peu juridique. Il s'agit en quelque sorte, d'un phénomène négatif qui n'apparaît que par contraste et ne se définit que par rapport à la volonté elle-même. Et l'on peut se demander, comment un « phénomène négatif » parvient à produire des conséquences juridiques dans les rapports d'un individu avec ses semblables.

Il est certain, en effet, que si l'on envisage l'absence de volonté en elle-même, in vacuo, on ne peut en tirer aucune déduction. L'idée abstraite de non-volonté ne signifie rien que le contraire d'un concept connu ; elle semble hermétiquement vide. Mais, en matière de rapports juridiques, il faut se garder des raisonnements abstraits : il ne faut jamais perdre de vue que les situations juridiques bilatérales comportent la présence de deux individus dont l'un vient de prendre une initiative.

Replacée dans ce contexte, l'absence de volonté chez l'individu sollicité prend alors un relief qu'elle ne possédait pas de prime abord.

Une comparaison fera comprendre le sens de notre pensée : le silence en lui-même ne signifie rien, ne donne l'idée de rien ; il correspond au vide et au néant. Mais le silence d'une personne

à laquelle on s'adresse ne nous apparaît pas toujours dépourvu de sens, et ne nous laisse pas toujours désorienté. Il est des silences et des mutismes dont les conséquences ont incalculables, notamment lorsqu'ils s'insèrent dans un dialogue.

De même, l'absence de volonté chez un individu n'a aucune importance pour personne, *sauf* pour le particulier qui cherche à intervenir dans la sphère juridique de cet individu. Autrement dit, l'absence de volonté présente de l'intérêt pour ce *particulier seulement,* et exclusivement en *fonction de son intervention.* Pour comprendre certaines situations juridiques, il faut, croyons-nous, opposer *l'absence de volonté* chez l'individu sollicité, à la *sollicitation elle-même* [28] ; pour être plus précis, il faut mettre en corrélation, d'une part, la volonté d'intervention du sollicitant et d'autre part, l'absence de volonté chez l'individu considéré, à l'instar des paragraphes précédents, où nous mettions face à face l'initiative et les volontés contraires ou de concordance.

Ainsi, l'on pourra déterminer le rapport qui existe entre l'individu qui veut une fin juridique, et celui qui ne veut rien.

69. — C'est bien pourquoi, d'ailleurs, nous utilisons la notion d' « état de volonté », de préférence à celle de « volonté pure et simple ».

Opposer la volonté à l'idée de non-volonté ne représenterait rien sinon le rapprochement de deux abstractions contraires, sans profit immédiat.

En revanche, si nous opposons « la volonté active », c'est-à-dire l'intervention, l'initiative, l'offre, etc. à « l'état de non-volonté », *nous comparons l'état de deux individus,* ce qui est beaucoup plus concret, ce qui nous permet surtout :

1° de situer les parties en présence ;

2° de comprendre l'évolution simultanée de leurs situations juridiques respectives.

Ce sera l'objet de la section suivante.

Section II. — *Etude particulière des effets de l'état de non-volonté.*

70. — Le défaut de volonté constitue déjà une attitude.

L'absence de volonté peut, selon toute logique, se comprendre comme une absence de volonté concordante, et comme une absence de volonté contraire.

---

28. Précédemment (n° 16) nous disions déjà : « L'individu passif est la proie de l'activité d'autrui. »

Or, entre l'état de concordance qui scelle l'entente de deux individus, et l'état de volonté contraire, qui les dresse face à face, l'absence de volonté, précisément parce qu'elle n'est ni l'un ni l'autre, représente un moyen terme.

Plus simplement, on dira qu'entre la concorde et le conflit, il y a l'indifférence.

Et par exemple, je peux, à l'égard d'autrui, me trouver dans trois états qui sont, au point de vue de la sociabilité, et progressivement du meilleur au pire :

— l'accord, par volonté de concordance,

— l'indifférence, par absence de volonté quelconque,

— le désaccord ou le conflit, par volonté contraire.

Par conséquent, si je reste indifférent aux initiatives d'un tiers, j'ai envers lui une attitude qui, à défaut d'accord, ne lui est pas aussi défavorable que si je menais la contradiction à l'encontre de ses projets.

Mon indifférence me situe, vis-à-vis de ce tiers, dans la mesure où je ne contrecarre pas ses projets, alors que je le pourrais : certes, je ne l'encourage pas, mais je ne m'oppose pas non plus à ses entreprises.

Je le laisse libre de persévérer ; je suis entièrement passif devant son activité, ce qui, on va le voir, risque d'emporter des conséquences importantes dans nos situations juridiques respectives.

En terme plus généraux, on dira : l'absence de volonté représente, donc, un état de l'individu qui le situe à l'égard de ses semblables. L'absence de volonté constitue pour l'initiative d'autrui, *une attitude particulière,* c'est-à-dire une attitude telle qu'elle ne pourrait résulter d'aucun autre état de volonté. C'est d'ailleurs, le phénomène classique de l'abstention dans les assemblées délibérantes : il s'agit d'une attitude propre et distincte de toutes les autres.

71. — Quelle peuvent être les conséquences de l'absence de volonté chez un individu sollicité par autrui ? Comment vont évoluer les situations juridiques respectives, de l'individu qui intervient, et de celui qui ne réagit pas à cette intervention ?

72. — I. *Les conséquences théoriques.*

Nous avons déjà observé que l'absence de volonté pouvait s'analyser en absence de volonté concordante ou en absence de volonté contraire. Cette distinction va trouver une application immédiate.

73. — *L'absence de volonté concordante* écarte nécessairement l'éventualité de toute convention entre les deux individus.

S'il est vrai que l'accord de volonté constitue le fondement de tout contrat, l'absence de volonté empêche, ipso facto, tout accord, et par conséquent ne diffère pas dans ses effets fondamentaux du refus pur et simple[29]. En ce sens, la maxime « Silence ne vaut pas acceptation ».

La question paraît ainsi très claire. En pratique, elle est beaucoup moins, car il n'est guère facile de distinguer l'absence de volonté, des volontés tacites ou présumées dont on fait un emploi excessif : les risques d'erreur sont considérables en sorte que, dans l'état actuel du droit, il s'avérerait prudent, pour un indécis, de faire connaître son indécision, pour un aboulique d'invoquer son état, pour un fou de s'enfermer, sinon la perspicacité des tribunaux démontrera aux uns et aux autres, le jour du jugement, qu'ils ont pu vouloir, sans savoir qu'ils voulaient. Nous verrons l'utilité des réserves en cette matière.

En définitive, on peut comparer l'intervention de la volonté concordante à celle d'un vote : à la suggestion, à l'initiative d'autrui, l'individu souscrit par un vote favorable. L'absence de volonté en revanche, tient de *l'abstention*. Elle a les mêmes effets sur le plan individuel.

74. — *L'absence de volonté contraire* intéresse non seulement le domaine contractuel, mais aussi l'ensemble des rapports juridiques non conventionnels.

En présence de l'offre d'autrui, l'absence de volonté contraire ne suffit pas, bien entendu, à former l'accord : l'absence de refus ne vaut pas acceptation, ce qui rejoint l'hypothèse précédente.

75. — Hypothèse où la volonté contraire serait nécessaire.

Dans bien d'autres cas, l'entreprise d'autrui, son initiative, ses manœuvres parviendront à notre connaissance de facto. c'est-à-dire sans préalable, sans que l'on ait recherché la participation de notre volonté. Mis devant le fait accompli, ou apprenant les menées occultes d'un tiers malhonnête, nous devrons *résister et lutter* contre cette menace extérieure.

On peut réagir soit pour avertir ce tiers du tort qu'il nous fait, soit pour obtenir le retrait de ces actes, s'il a déjà mis ses projets à exécution.

De toutes façons, il faut intervenir par une volonté contraire à celle d'autrui. C'est l'hypothèse très générale de l'atteinte à un droit, ou de la défense de ses droits. La volonté contraire se manifeste ainsi dans toutes les espèces de la revendication, de

---

29. Cf. Barrault, *Le silence créateur d'obligations juridiques.* Introduction (thèse, Dijon, 1912) à propos du « Silence-Refus ».

la responsabilité, dans tous les procès, dans la majorité des actes extrajudiciaires, bref, dans tous les rapports juridiques qui ne reposent pas sur la convention.

Dans toutes ces hypothèses, « la volonté contraire » est une nécessité pour qui veut maintenir l'intégralité de sa situation juridique, et on peut la comparer, non plus comme en matière conventionnelle, à un vote, mais plutôt cette fois à une faculté de *veto* que l'on opposerait aux agissements d'autrui.

76. — Si on n'utilise pas ce veto, si on ne met pas ses droits en exercice, si on n'oppose pas d'interdits aux empiètements, il y a de fortes chances pour que nos semblables améliorent leur situation juridique, au détriment de la nôtre, ou tout au moins, pour que notre position judiciaire se dégrade au profit de nos adversaires, ce qui, en définitive, revient au même.

77. — L'esprit classique ne sait pas interpréter ces phénomènes.

Tels sont, sur le plan individuel, les effets désastreux du défaut de volonté contraire. Les juristes classiques ont souvent tenté d'expliquer la rigueur de ces effets, par des volontés tacites ou présumées. Si un individu laisse se dégrader sa situation au profit d'autrui, s'il assiste au dépérissement de ses droits, s'il ne réagit pas aux manœuvres externes, *c'est qu'il le veut bien.* De là, et dans chaque cas particulier, on s'est efforcé de voir le consentement de celui qui subit aux actes de celui qui agit, le consentement de la victime aux œuvres de l'exécutant.

En ce sens, on emploie la maxime : « Qui ne dit mot, consent », et les juristes classiques ont cherché à voir dans l'absence de volonté contraire, une volonté concordante.

Pour répandue que soit cette opinion, elle nous paraît néanmoins simpliste : qui ne dit mot ne consent pas le moins du monde : il laisse faire, ce qui est complètement différent.

78. — L'absence totale de volonté.

Si, vraiment, on admet qu'il peut y avoir *absence totale de volonté,* ce qui demeure fort plausible, car enfin, dans bien des situations, l'homme ne veut rien et ne souhaite que la tranquillité, la paix intérieure, ou bien encore ses occupations le retiennent ailleurs, si donc vraiment la volonté fait défaut, il est aberrant de présumer une volonté concordante.

L'absence de volonté sous-entend, *évidemment,* l'absence totale de volonté contraire, et l'absence totale de volonté concordante.

Ici, encore une fois, l'esprit a tendance à se laisser manœuvrer par la théorie de l'autonomie, qui, comme son nom l'indi-

que, ne peut concevoir l'absence pure et simple de volonté, qui recule devant cette éventualité, et utilise l'arsenal classique des présomptions et des fictions.

79. — II. *Les conséquences réelles et leur fondement.*

Mais alors se pose un problème d'essence purement juridique. Pourquoi cet état de chose ? Pourquoi l'absence de volonté a-t-elle tort face à la volonté d'autrui ? Pourquoi serait-on obligé de lutter contre les interventions extérieures que l'on n'a pas sollicitées ?

80. — La passivité et l'évolution.

Le rôle du droit ne serait-il plus de protéger les situations régulièrement acquises et de neutraliser les exigences de chacun ; en un mot, d'assurer la paix ?

Certes, le droit assure la stabilité, mais aussi il harmonise l'évolution des situations juridiques : il conserve et il adapte : tâche contradictoire que nécessitent les divers aspects des fluctuations sociales [30].

Dans l'introduction, nous avons déjà insisté sur le rôle que tient l'activité dans l'évolution en général.

On a vu également que la passivité favorisait, elle aussi, l'évolution, dans la mesure où elle permettait à l'activité de se déployer. L'activité des uns entreprend des transformations que subit la passivité des autres : l'activité et la passivité, l'action et l'inaction sont donc les deux aspects d'un même phénomène : celui de l'évolution.

C'est ce phénomène que nous retrouvons à tous les échelons du droit.

81. — Le droit ne remplace pas la volonté.

Ainsi, lorsque l'on dit que le droit protège et maintient les situations juridiques régulièrement acquises, on sous-entend la plainte et l'action en justice du particulier lésé par l'activité d'un tiers.

Mais, pour que ce résultat soit obtenu, encore faut-il cet état de volonté contraire, cette démarche de l'individu qui soumet aux tribunaux des griefs contre autrui.

Le droit ne conserve donc pas de lui-même, il permet aux particuliers qui *en expriment la volonté* de défendre leur situation contre les entreprises d'autrui. *En l'absence* de cette volonté, et hormis les cas d'ordre public, jamais les juges n'iront se

30. Cf. Durma, *La notification de volonté* (thèse) : « Telle est la double mission du droit : assurer la stabilité juridique et garantir la légitimité des changements. »

préoccuper de la protection d'intérêts privés dont le cas ne leur a pas été déféré [31].

Par conséquent, dans les cas, ils sont nombreux, où un particulier n'intervient pas en justice malgré de justes motifs, on peut dire que sa passivité, son défaut de volonté contribuent à l'évolution de deux situations juridiques : la sienne qui pâtira de sa carence, et celle de son antagoniste, qui en profitera.

82. — Sur le plan de l'exercice des droits, *l'absence de volonté* constitue, sans aucun doute, un facteur de l'évolution des situations individuelles.

On peut exprimer ceci en disant : un individu ayant perdu, soit par ses agissements, soit par les manœuvres d'autrui, ses prérogatives sur une chose, garde encore les possibilités d'action ; s'il ne les utilise pas, il perd tout [32].

83. — Tendances de la loi à favoriser les gens résolus.

Au même point de vue, plus frappant encore, apparaît l'examen du contenu de nombreuses dispositions légales. On s'aperçoit, en effet, que la préférence du législateur va presque toujours à ceux qu'anime une volonté ferme d'utiliser leurs prérogatives et leurs facultés, à ceux dont le comportement est empreint d'efficacité, et même d'audace. Cette opinion ne nous est pas personnelle ; elle rejoint celle de Demogue [33].

« Le laboureur qui cultive, le créancier qui rappelle la dette au débiteur, de façon plus générale, toute personne qui utilise son droit ou l'affirme, accomplit un fait juridique... car par la force des choses, le droit a plus de respect pour celui dont le droit a été mis en œuvre et utilisé, que pour celui qui le laisse sommeiller. »

Et dans ce sens, les exemples ne font pas défaut : les prescriptions favorisent ceux qui prescrivent ; la possession permet de lutter contre le propriétaire en titre, le droit de rétention profite à celui qui détient la chose, les preuves triomphent de l'équité, les délais de procédure conviennent aux décisions rapides... etc. [34].

Au contraire, les propriétaires lointains, les créanciers négligents, les victimes timides, les plaideurs mal assurés, les héri-

---

31. En ce sens, la maxime : « Ne procedat judex ex officio. »
32. Cf. Glasson et Tissier, *Traité de procédure civile*, t. I, p. 469.
33. *Traité des obligations*, t. I, nos 184 s.
34. Egalement les articles 2176 (les fruits ne sont dûs qu'à partir de la sommation) et 2217 (toute poursuite ou expropriation d'immeuble doit être précédée d'un commandement de payer, fait à la diligence du créancier).

tiers inconséquents, toute la foule des hésitants et des indécis supportent les conséquences de leur volonté mal affermie.

Que d'usages disparaissent parce que l'on n'en a pas exigé le respect, que de droits dépérissent, que d'options s'évanouissent...

Une maxime ancienne permet de résumer en quelques mots la question « JURA VIGILANTIBUS PROSUNT ».

84. — Même tendance de la pratique judiciaire.

Dans la pratique judiciaire, le contraste s'accentue encore entre les comportements résolus et ceux qui le sont moins ; et chaque avocat sait bien quelle différence existe, à égalité de cause, entre un bon et un mauvais dossier, entre des documents qui font ressortir la volonté sans faille d'un client, et ceux où apparaissent des attitudes ambiguës, des actes tardifs ou timorés, des velléités tâtillonnes...

85. — On retrouve donc, en général, dans le droit, les tendances de l'évolution : *l'efficacité*, et en définitive *le triomphe du dynamisme*, de l'activité, de la volonté, sur l'indifférence et la passivité.

Cette constatation ne doit pas nous étonner puisque nous avons déjà auparavant, classé le droit au nombre des sciences de l'évolution.

86. — Le défaut de volonté donne une efficacité absolue à la volonté d'autrui.

Le principe général pourrait s'énoncer de la manière suivante : dans une situation juridique bilatérale, une volonté active peut parvenir à ses fins, et tout au moins en certaines circonstances, obtenir un résultat favorable si elle ne rencontre rien d'autre que l'indifférence ; résultat qui demeurerait hors de portée si, au lieu de l'indifférence, la partie sollicitée faisait preuve d'une énergique volonté contraire.

En d'autres termes, on pourrait dire : hors des conventions, le défaut de volonté chez une des parties confère à la volonté de l'autre une efficacité décuplée.

87. — Notons immédiatement que ces idées suffisent à la suite de nos développements, et qu'il ne nous incombe pas dans les limites de cette thèse, d'en pousser l'examen beaucoup plus loin.

Toutefois, il nous semble nécessaire de préciser quelque peu la teneur des paragraphes précédents, qui se situent dans un courant de recherches juridiques où voisinent les notions de modification aux situations juridiques par volonté unilatérale,

la théorie des droits protestatifs, les notions de responsabilité issue de l'apparence, et le rôle du silence.

88. — Détérioration de fait.

Sur le plan des faits, l'individu qui ne s'oppose pas aux empiètements ou aux intrusions ou encore aux actes unilatéraux d'autrui, les subit ; c'est-à-dire que, sans les accepter, il ne fait pas l'effort nécessaire pour ramener les choses à leur état antérieur.

La modification qui intervient est à l'origine une modification de fait seulement. Il n'empêche que cette situation de fait, qui n'a pas actuellement la protection du droit, deviendra après un certain laps de temps, très variable (de quelques heures, en référé, à trente ans, délai maximum de prescription), une situation de droit, alors que la seule intervention de l'individu en proie à l'activité d'autrui, aurait suffi à empêcher cette transformation.

L'absence de volonté de sa part aura indéniablement produit des conséquences dans sa situation juridique : sa défaillance, son indifférence auront donné efficacité à l'intervention d'autrui.

Les prescriptions, les délais de toute sorte, les délais de procédure en particulier, sont précisément des techniques juridiques, dont on peut dire *qu'elles sanctionnent toujours un défaut de volonté.*

89. — Détérioration judiciaire.

D'autre part, en matière judiciaire, l'absence de volonté entraîne, directement sur le plan du droit, des conséquences irréparables : le *jugement par défaut* fait triompher à coup sûr les prétentions les plus mal fondées, en l'absence de toute opposition du défaillant. De même, les conclusions dites « de rapport à justice » et qui constituent l'aveu manifeste de l'absence de toute volonté à opposer à celle de l'adversaire ne peuvent donner lieu qu'à un jugement auquel le concluant n'aura pas contribué.

Enfin, à un degré moindre, l'absence de contestation dans les conclusions d'un plaideur, fait tenir pour acquis les faits rapportés par son adversaire.

On pourrait trouver bien d'autres exemples.

90. — Non-volonté temporaire et volonté tardive.

Jusqu'à présent, nous avons évoqué des cas où l'absence de volonté est absolue et définitive. Mais il n'en est pas toujours ainsi et l'on conçoit fort bien que l'état de non-volonté chez un

individu ne dure qu'un temps, après lequel se manifeste soudain une virulente opposition aux initiatives d'autrui.

Il n'est nullement question ici des situations où l'individu n'intervient pas, parce qu'il ignore encore l'entreprise d'autrui. Au contraire, nous faisons allusion aux hypothèses où, en connaissance de cause, l'individu sollicité s'abstient de toute réaction. Notons à ce sujet, que le défaut de volonté chez un individu ne procède pas toujours de la négligence ou de la paresse. Il se peut fort bien qu'un particulier ignore les procédés d'intervention ultra rapides que sont les procédures par référé et la plupart des mesures conservatoires. Il se peut aussi qu'un individu ne s'oppose pas à l'initiative d'autrui tant qu'il n'en connaît pas l'aboutissement et qu'il attende le résultat de cette intervention pour juger, si oui, ou non, il doit s'y opposer. Il entre alors dans cette attitude une part de calcul où l'intérêt, seul, guide le comportement.

Quoiqu'il en soit, l'absence de volonté, *même temporaire*, produit des effets : *elle détériore la position judiciaire* [35] de celui qui prend cette attitude.

Ce dernier point mérite un examen plus approfondi.

91. — La passivité de la victime donne confiance à l'agent.

L'individu qui par son action intervient dans la sphère d'autrui (soit par des actes d'empiètements, des décisions unilatérales, soit en ne respectant pas les obligations contractuelles, soit en abusant d'une tolérance [36], etc.) se tient *attentif* aux réactions de ce dernier.

L'absence de réaction contraire, en tant qu'elle ne décourage pas son initiative ou même son audace, l'amène à poursuivre ses fins, et même, à l'occasion, à développer son intervention. Ce faisant, il s'organise suivant le nouvel état de chose, il redouble d'activité, *confiant dans la passivité* d'autrui qu'il vient de mettre à l'épreuve : cette passivité guide son comportement et nous avons déjà évoqué précédemment cette idée, en disant

35. Par position judiciaire, il ne faut pas, ici, entendre celle de demandeur ou de défendeur, mais bien plutôt la notion de « tactique judiciaire », celle qui comporte, ou non, des chances de succès.

36. La notion de tolérance (article 2232, C. civ.) et celle d'acte de pure faculté sont précisément conçues par le législateur pour éviter que chaque propriétaire se barricade chez lui et ne tolère pas des empiètements sans gravité. Dans la mesure où ce sont des palliatifs à la tendance que nous décrivons, ils en confirment l'existence. Ils n'empêchent que les risques sont pour le propriétaire tolérant et non pour celui qui profite. Passé un certain degré d'abus, il faut malgré tout une action en justice pour établir la tolérance et écarter la prescription. D'ailleurs, ce texte (article 2232) exprimé en termes généraux ne concerne guère que les servitudes. Cf. Encyclopédie Dalloz, article de M. Rodière, *Possession*, nos 29 et s.

que, dans une situation juridique bilatérale, l'absence de volonté contraire situe les deux individus à mi-chemin entre l'accord et le conflit, c'est-à-dire, sur le plan de la neutralité.

L'individu actif a donc pour lui les apparences du droit, ou pire, les apparences du consentement de son partenaire puisqu'il ne rencontre aucune opposition.

92. — Si, soudainement, la volonté contraire de l'individu sollicité se manifeste, si cette volonté exige le retrait de tous les actes accomplis jusqu'à maintenant, et la remise des choses en leur état antérieur, elle fera l'effet d'une bombe avec tout le sentiment d'injustice que provoque ce genre de phénomène.

93. — La détérioration.

Ce sentiment d'injustice ne sera pas, en fait, étranger au débat judiciaire, et en effet on ne peut se défendre d'une certaine méfiance à l'égard de l'individu qui laisse, durant un certain temps, agir autrui sans protester et qui un beau jour, l'assigne en justice [37].

De ce fait, il n'est pas exagéré de dire que la volonté contraire de cet individu sera moins sûre que s'il était opposé à leurs débuts, aux agissements dont il se plaint.

94. — La bonne foi au profit de l'agent.

On notera déjà une détérioration de la position judiciaire du plaignant lorsque, tout en recevant son action, les tribunaux accordent le bénéfice de la bonne foi à son adversaire au motif qu'il a pu légitimement se laisser abuser par l'indifférence qu'ont rencontrée, à l'origine, ses actes.

Dans ce sens, on retiendra tous les arrêts du type : « Attendu qu'à l'époque des faits, le sieur X, demandeur, n'a élevé aucune protestation et qu'il ne s'est nullement opposé aux actes du sieur Y qui a ainsi légitimement pu croire... [38]. »

On connaît les effets de la bonne foi : ils atténuent la rigueur des jugements et ils laissent subsister certaines traces de la situation de fait. L'efficacité de la volonté contraire se trouve ainsi atténuée du fait de l'état de non-volonté qui l'a précédée.

---

37. Certes, il existe des délais pour agir. Mais l'article 2262 ne pose-t-il pas que la durée la plus longue atteint trente ans ? De son côté, l'article 2265 accorde à la bonne foi une prime de dix ou, au mieux, de vingt ans. Il n'en faut pas tant pour détériorer la position judiciaire.

38. Req. 15 mars 1944, S. 45.1.40 ; Req. 3 juillet 1900, S. 1900.1.441 ; Cass. soc. 20 décembre 1954, Bull. cass. 1954, p. 616 ; Douai, 3 août 1870, S. 70.2.273 ; Toulouse, 2 janvier 1888, D. 91.2.305 et Gaz. Pal. 1922.1.235, etc.

95. — La volonté tardive est parfois assimilée à une incohérence.

Mais en réalité, il n'est même pas exclu que le jugement soit prononcé au détriment de celui qui a tardé à manifester sa volonté contraire et ceci, pour une seule raison que l'on motive de deux manières, et que voici :

Aussi longtemps qu'a duré l'état de non-volonté chez l'individu sollicité, aussi longtemps qu'il n'est pas intervenu, son antagoniste a agi ; et il a agi en fonction des circonstances du moment, c'est-à-dire en fonction de cet état d'indifférence.

En changeant ultérieurement d'attitude, en modifiant les données de la situation, en exigeant l'anéantissement rétroactif de l'activité déployée par ce tiers, le plaignant cause à ce dernier un préjudice indéniable qui n'aurait pas existé s'il avait prévenu, en temps utile, l'intervention qu'il ne supporte plus maintenant.

Par son comportement, il a induit le tiers en erreur et il a ainsi contribué, passivement sans doute, mais effectivement, à l'établissement d'une situation ou de certains actes dont il exige après coup le retrait. On comprend qu'il lui soit tenu compte de son imprudence ou de sa négligence première.

On trouve de nombreux exemples de ce genre de conflit : pour rétablir l'équité, les Cours et les Tribunaux se croient malheureusement, la plupart du temps, obligés d'altérer la réalité en faisant appel aux artifices des *présomptions de volonté* : en se basant sur l'absence de volonté contraire, à l'époque des faits, la jurisprudence *présume* qu'il y a eu alors une volonté concordante, qu'elle met en contradiction avec la plainte actuelle. Le plaideur se voit alors reprocher l'incohérence de son comportement, et il est ainsi débouté.

96. — Nous avons déjà eu, nous aurons à nouveau, l'occasion de faire justice de ces procédés illogiques qui consistent à mettre en contradiction une volonté réelle, certaine, actuelle — la plainte en justice — et une présomption de volonté ancienne, aléatoire et démentie par le fait même de l'assignation.

Au demeurant, peu importe que la technique employée soit critiquable. Nous dirons dans un instant qu'elle nous semble être la technique correcte qui parvient aux mêmes résultats.

97. — Retenons seulement que si l'on admet notre analyse des états de volonté, on est bien obligé de reconnaître qu'ils sont, en fait, *sanctionnés* par le droit positif, quel que soit le biais utilisé pour y parvenir.

98. — Dans ce sens, nous allons examiner quelques déci-

sions de jurisprudence que nous avons choisies à dessein, parmi des espèces très simples, afin de ne pas troubler l'exposé de notre sujet.

On remarquera d'ailleurs que le problème examiné a rarement donné lieu à des décisions de la Cour suprême, et ceci pour deux raisons :

1) Il s'agit avant tout de questions de fait, et même, pourrait-on dire, de « simples circonstances » qui relèvent de la souveraineté du juge du fond.

2) D'autre part, on comprend aisément qu'une volonté déjà mal assurée en première instance, ne porte pas le débat jusqu'à la Cour de cassation. Le caractère néfaste d'une mauvaise position judiciaire apparaît généralement dès la première instance, et puisqu'il s'agit, somme toute, d'une question de pratique judiciaire, les avocats et les avoués se chargent généralement de déconseiller à leurs clients la poursuite d'une affaire engagée dans d'aussi mauvaises conditions.

Au demeurant, nous n'entendons nullement donner un aperçu complet de la jurisprudence sur ce sujet[39], qui ne présente pour notre étude qu'un intérêt incident ou marginal.

99. — On ne trouvera donc, ci-dessous, que l'exposé de quelques situations qui nous sont apparues au hasard de nos recherches, comme les plus significatives dans la simplicité de leurs attendus.

1. — *Tribunal de commerce, 15 juin 1922, Gaz. Pal. 1922.2.201, et note.*

« Mais attendu que ce marché devait être exécuté fin décembre 1920 ; que B, s'il n'avait pas considéré le marché comme résilié par la lettre du 3 mai 1920, *se serait empressé de protester* contre les prétentions de la Samaritaine de terminer là, un marché qui n'avait été exécuté que pour une infime partie.

« *Qu'il n'aurait pas manqué, selon les règles d'usage, et en négociant avisé, de mettre cette dernière en demeure d'avoir à livrer ; que la résiliation a été formulée...*

« Qu'en conséquence, s'il peut appartenir à chacune des parties, *au jour fixé ou à une époque voisine de ce terme,* de demander, soit exécution du marché, soit la résiliation pour cause d'inexécution avec dommages-intérêts, *il est impossible d'admettre que l'une ou l'autre pourra garder le silence, pen-*

39. Sujet qui, en d'autres circonstances, pourrait mériter une longue étude et un dépouillement très important de jurisprudence.

40. Les termes d'un arrêt de la cour de Paris (30 janvier 1873, D. 74.2.143) sont identiques.

dant un temps plus ou moins long, pour réclamer ou offrir la livraison effective des marchandises [40] à une époque où l'état des cours a réellement changé les conditions, ou éventualités, prévues par les contractants lors de la conclusion du marché. »

Deux points sont à retenir :

— L'absence de protestations en temps utile, protestations qui auraient dû émaner d'un « négociant avisé » ;

— Le préjudice qui résulterait pour le contractant d'une attitude incertaine (le silence) de l'autre partie.

2. — *Cour de cassation, 21 juin 1954 (Ch. Civile, section comm.)* [41].

Dans la seconde espèce, il s'agissait de savoir qui de l'expéditeur ou du transporteur, devait supporter les conséquences d'un paiement effectué par un chèque sans provision, lors d'un envoi contre remboursement. Voici les motifs de la Cour suprême :

« Attendu que... les Chemins de Fer, sans aviser l'expéditeur du défaut de provisions des chèques à elles remis, après avoir obtenu de G. (destinataire), des acomptes s'élevant à deux cent cinquante mille francs, a entammé contre lui des poursuites avec constitution de partie civile, etc., *que ce n'est que deux ans après* l'expédition du 25 janvier 1950 qu'elle a réclamé à H. (expéditeur) la somme qu'elle n'avait pu récupérer. »

« Attendu qu'en l'état de ces constatations, la Cour d'appel a pu décider que la S.N.C.F. avait commis une faute dans l'exécution de ses obligations de mandataire et qu'elle n'était pas, dès lors, fondée à demander à H. (expéditeur) la restitution des sommes perdues. »

Comme le note le commentateur de cet arrêt, M. J. Hémard, la faute commise par la S.N.C.F. n'est pas certaine dans l'exécution de son mandat.

Peut-on, en de pareilles circonstances, agir avec plus de diligence que le Chemin de Fer ? Faire dresser protêt, se porter partie civile, produire en faillite, n'est-ce pas agir au mieux de ses intérêts et de ceux de son mandataire ? Ce dernier eût-il mieux fait ?

La circonstance déterminante relevée à chaque degré de juridiction, a bien été ce *retard de deux ans* qu'a mis la S.N.C.F. à se retourner contre l'expéditeur.

En fait, il s'agit bien, ici, d'une véritable sanction de l'inaction temporaire ; ce défaut de volonté qui a duré deux années à

41. S. 1955.1.17, et note.

l'égard de l'expéditeur a irrémédiablement détérioré la position judiciaire du demandeur.

3. — *Cassation, 10 juillet 1884 (S. 86.1.421 et D. 85.1.236).*

Dans la troisième espèce, des documents avaient été remis à un avoué négligent. La cause fut perdue, et le client entendit retenir la responsabilité de l'avoué. Le procès s'engage, et dans ses conclusions, l'avoué nie avoir reçu les pièces en question.

Son client d'alors, son adversaire actuel, demande par des conclusions subsidiaires, une enquête. Or, l'article 1985 du Code civil, traitant du mandat, dit textuellement : « La preuve n'en est reçue que conformément au titre des contrats et des obligations en général ».

Cependant, l'avoué ne tire pas argument de ce texte et ne réplique pas. Bien plus tard, devant la Cour de Cassation, il invoque cet article, et prétend écarter l'enquête par témoins, prétention que rejette la Cour de cassation dont voici les motifs :

« Mais attendu que lors de l'arrêt d'avant faire droit, L. n'a pas contesté la recevabilité des conclusions subsidiaires à fin d'enquête prises par les époux B. et que, lors de l'arrêt définitif, il a demandé à la Cour de vider l'interlocutoire, sans que ses conclusions reproduites aux qualités contiennent aucune protestation ni réserve contre l'admissibilité de la preuve testimoniale...

« Attendu que le moyen tiré de la violation de l'article 1341 ne peut-être proposé pour la première fois, devant la Cour de Cassation ; qu'ainsi la preuve testimoniale est acquise aux époux... »

Le premier motif se révèle particulièrement intéressant en ce qui nous concerne : pour ne pas s'être opposé, en temps utile, à la preuve par témoins, le plaideur a perdu la faculté de le faire et a rendu ainsi valable l'inditiative de son adversaire.

4. — Dans la quatrième espèce (*Douai 3 août 1870 S.70.2.273 D.71.2.115*), un individu avait consenti le même jour, à deux personnes différentes, deux baux de chasse, sur une même terre.

L'une prit rapidement possession de la chasse ; l'autre locataire lui intenta alors une action pour tenter de l'exclure, au prétexte que, des deux baux, le sien propre était plus ancien de quelques heures.

Le tribunal de Douai rejeta cette action en se basant sur l'article 1141 qui stipule : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée, et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la *possession soit de bonne foi* ».

Ce texte réglait le conflit dans son ensemble, exception faite de la bonne foi qui restait à établir ; pour ce faire, le jugement a pris en considération le fait qu'à l'époque où le plus entreprenant des deux locataires avait pris possession de la chasse, l'autre n'avait élevé *Aucune Protestation*. Cette circonstance parut *décisive* au tribunal ; ce qui confirme à nouveau l'impuissance d'une volonté tardive devant les effets d'une absence temporaire de volonté.

5. — Dans la cinquième espèce (*Colmar 21 avril 1931, Revue juridique d'Alsace, p. 442 et Revue trimestrielle de droit civil 1931, p. 885*), un vendeur avait placé un appareil de T.S.F. chez un particulier. Il s'agissait d'une vente à l'essai. Au bout de plusieurs mois, le vendeur somme l'utilisateur de donner son agrément ; la sommation reste sans réponse ; suit une assignation sans réponse non plus et qui donne lieu à un jugement par défaut. Finalement l'utilisateur fait opposition.

Le tibunal le condamne néanmoins, « Attendu que l'usage quotidien d'une semblable installation pendant un temps appréciable, sans protestations de l'usager doit valoir agrément et doit être considéré comme acceptation pure et simple ».

On reconnaît ici, l'erreur classique, qui assimile l'absence de protestation, à une volonté concordante.

Abstraction faite de cette erreur, il apparaît clairement que le défaut de volonté contraire, (défaut de protestation, défaut faute de comparaître) a réduit à néant l'efficacité de cette volonté apparue tardivement dans l'opposition. Alors que, sans aucun doute, puisqu'il s'agissait d'une vente à l'essai, une manifestation de volonté, assez prompte pour ne causer aucun préjudice au vendeur, aurait facilement écarté l'opération.

Et en définitive, il s'agit bien d'une détérioration de la position judiciaire, car cette position judiciaire qui aurait été solide à l'époque des faits devient insoutenable après un certain laps de temps, après une période de silence qui a permis à la situation voulue par autrui, d'exister.

100. — Si les motifs de cette dernière décision laissent à désirer, en revanche, la note qui accompagne la reproduction dans la Revue trimestrielle de droit civil confirme pleinement notre opinion [42].

L'auteur de cette note, Demogue, après avoir critiqué les motifs comme nous venons de le faire, propose une autre voie qui a le mérite de conserver la même solution équitable, en respectant cette fois la réalité, c'est-à-dire, en tenant compte du

42. Cf. R.T.D.C., 1931, p. 885.

défaut de volonté : l'usage de l'installation de T.S.F. tout en gardant le silence, constituerait, vis-à-vis du vendeur, *une faute* dont la meilleure réparation consisterait à laisser les choses en leur état actuel.

101. — Le véritable fondement de ces décisions.

Cette matière de motiver nous paraît non seulement réaliste et bonne en l'espèce, mais encore, elle semble susceptible d'être utilisée sur un plan bien plus général, au lieu de recourir à de fallacieuses présomptions de volonté, il serait, en effet, plus simple de fonder le maintien de la situation juridique actuelle sur la RESPONSABILITÉ.

Celui qui a contribué, activement ou passivement, à l'établissement d'une situation bilatérale commettrait, s'il en exige, le retrait ultérieurement en justice, une faute vis-à-vis d'autrui.

102. — L'existence d'un courant moderne dans ce sens.

Cette faute trouverait son fondement parmi les notions qui prennent de plus en plus d'importance dans le droit moderne : faute pour avoir laissé se créer autour de soi une apparence trompeuse, faute dans la violation du devoir d'information, faute, en général, contre la confiance que met autrui en la stabilité de notre comportement, faute de l'abus de droit, etc.

Ces notions auxquelles aboutit la ligne de notre raisonnement mériterait évidemment les développements bien plus importants que ces quelques lignes que nous leur consacrons.

On se reportera donc utilement aux différents ouvrages, aux différents articles dont nous nous sommes inspirés [43].

103. — Retenons seulement que si l'individu réagit trop tard, c'est-à-dire une fois que son comportement passif a déjà eu des incidences sur l'activité des tiers, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même, pour ne pas avoir utilisé au bon moment les armes qu'il détenait en vertu du droit ; ultérieurement, il ne peut plus sans inconséquence, ou sans une certaine incohérence incriminer l'initiative d'autrui qui n'a eu d'effet dans la situation juridique que grâce à sa propre passivité.

---

43. Article de M. le professeur Carbonnier, « Le silence et la gloire », D. 1951, p. 119, chronique, thèse de M. Barrault, *Le silence créateur d'obligation*, à l'ouvrage italien *Del Silenzio nei negozii girudicii* de Borgna (« le silence n'entraîne ni obligation, ni renonciation, mais parfois déchéance »). En ce qui concerne le devoir d'information, cf. *Traité de la responsabilité civile*, Savatier, 2e édition, t. I, n° 46. En ce qui concerne la confiance dans le comportement d'autrui, base des relations juridiques, cf. la thèse de M. Gounot, cf. également *Le principe de la confiance en droit suisse*, thèse, Genève. Sur l'apparence, cf. les thèses de Ionesco et de Giraud (Paris).

104. — Sans doute il ne convient pas d'accorder à ces idées une portée excessive : telles quelles, elles sont sûrement trop absolues du moins dans leur expression.

L'absence de volonté simplement temporaire n'emporte pas des conséquences aussi péremptoires que l'absence de volonté absolue et définitive ; elle risque simplement de détériorer ultérieurement la position judiciaire. Il ne s'agit que d'un risque, qui, s'il se réalise, peut se résoudre simplement par le partage de dépens, mais aussi par le bénéfice de la bonne foi pour l'adversaire, ou encore par le débouté pur et simple.

105. — L'interdépendance des individus conduit à la cohérence de leur comportement.

Tous ces développement comportent l'idée que chacun est responsable vis-à-vis d'autrui, de l'évolution de sa propre situation juridique et que l'on ne peut pas remettre en cause à n'importe quel moment cette évolution.

On retrouve ainsi la notion de la mutuelle dépendance des hommes et son corollaire juridique : le principe de la SÉCURITÉ dans le DROIT.

Mais ce principe lui-même ne repose-t-il pas sur la cohérence des comportements individuels ? Et, précisément, la cohérence ou l'incohérence d'un comportement peut-elle être sanctionnée autrement par un débat judiciaire ?

C'est bien pourquoi nous avons dû faire appel à la notion de position judiciaire pour expliquer dans tout leur ressort, les conséquences du défaut de volonté.

CHAPITRE III

LES ATTITUDES

SECTION I. — *Contenu et valeur du concept d'attitude juridique.*

106. — En cherchant à préciser la notion d'attitude juridique, nous avons été amené naturellement à examiner LA VOLONTÉ, dont les juristes considèrent, depuis les origines du droit consensuel, qu'elle détermine les rapports juridiques entre individus [44].

Cependant, au cours de notre examen, la volonté juridique est apparue inutilisable dans les rapports de droit, en tant que notion abstraite, autonome, et indépendante, du contexte dans lequel elle intervient [45]. Nous avons été obligés de la considérer sous des aspects plus concrets : volonté envers quelqu'un, en vue de quelque chose, volonté qui accepte, celle qui provoque, volonté actuelle ou d'autrefois ; et ainsi, nous avons distingué les états de volonté [46].

Nous les connaissons désormais : volonté d'intervention, volonté concordante, volonté contraire.

Mais alors, il est apparu que, au regard de ces états qui possèdent un caractère dynamique, il existait d'autres états fort importants dans l'évolution des situations juridiques individuelles, et que nous n'avons pu jusqu'à présent mieux définir qu'en les appelant « états de non-volonté » [47].

107. — Ces états, que par opposition au dynamisme de la volonté on qualifierait volontiers de « statiques », si effectivemen, ils assuraient la stabilité d'une situation, sont, au contraire, de sérieux facteurs d'évolution.

---

44. Cf. n° 44.
45. Cf. nos 49 et s.
46. Cf. nos 56, 57 et s.
47. Cf. nos 67 et s.

En effet, dans les limites pourtant restreintes de nos recherches, on a déjà vu que les états de non-volonté entraînent des conséquences nombreuses dont voici les principales :

— ils font jouer, de facto, les lois supplétives de volonté ;

— ils laissent le champ libre (hors de toute contestation) à l'activité d'autrui [48] ;

— ils reçoivent la sanction des dispositions légales impératives telles que les prescriptions et les délais [49] ;

— ils risquent de dégrader la position judiciaire prise ultérieurement, etc. [50].

108. — L'absence de volonté contribue aux mutations de droits.

On admettra donc que la *volonté n'est pas le seul facteur individuel* qui intervienne dans les rapports de droit, puisque les états de non-volonté, nous venons de le dire, ont également leurs incidences.

109. — L'attitude implique indifféremment, volonté, et non-volonté.

Il faut alors chercher une notion plus générale du comportement humain, une notion qui comprenne tous les facteurs individuels d'évolution, c'est-à-dire, une notion qui englobe à la fois les états de volonté et les états de non-volonté envers autrui; cette notion, nous l'avons dit, est celle d'*attitude*.

Que les volontés d'intervention, les volontés concordantes et les volontés contraires constituent pour celui qu'elles animent, une attitude envers autrui, nous le savions déjà [51].

110. — Mais en revanche, l'application de la notion d'attitude aux états de non-volonté, apporte un jour nouveau à nos recherches.

En effet, jusqu'à présent, nous n'avions défini ces états que par leur aspect négatif, que par l'absence de volonté. Or, l'absence de volonté, à elle seule, ne parvient pas à donner une idée précise d'un état personnel : dans la folie, l'infantia, ou la stupidité, la volonté aussi fait défaut, et pourtant ces états morbides ou déficients demeurent bien éloignés de nos préoccupations.

Un concept ne peut se définir par non identité seulement ; l'idée de non-arbre n'évoque pas irrésistiblement un cheval ; de même l'idée de non-volonté n'épuise pas la compréhension de ces états qui comportent bien d'autres données.

---

48. Cf. nos 75 et 86.
49. Cf. n° 88.
50. Cf. nos 90 et s.
51. Cf. nos 30 et s.

111. — L'attitude, notion signifiante à plusieurs titres.

Au contraire, *la notion d'attitude,* qui n'exclut pas l'idée de non-volonté, implique en même temps toutes les autres données inhérentes au contexte des rapports de droit ; elle rend intelligible d'un seul coup l'état de volonté, d'une part, dans les rapports juridiques, d'autre part.

Et quelles sont, en effet, les caractéristiques du défaut de volonté tel que nous l'étudions ?

Il s'agit de l'état d'un individu qui, ayant conscience de la sollicitation d'autrui, ne fait preuve envers ce tiers d'aucune volonté, ni pour l'encourager, ni pour le repousser. Cet état passif et conscient, cette manière d'être indifférent à l'égard d'autrui, constituent des attitudes d'après la définition même de ce terme [52].

On comprend alors tout l'intérêt que nous trouvons à cette notion pour la compréhension des rapports juridiques : elle traduit, pour autrui, les incidences de l'état de volonté ou de non-volonté d'un individu ; elle implique, en elle-même l'existence d'une situation bilatérale et elle explicite l'interférence, entre eux, des comportements en cause.

112. — L'attitude, donnée permanente.

C'est même, à notre avis, le terme spécifique des relations sociales et juridiques : en effet, dès l'instant où deux individus sont en présence, ils possèdent nécessairement une attitude l'un envers l'autre, soit que cette attitude soit prise consciemment et manifestée, notamment par des déclarations, soit qu'elle résulte inconsciemment des circonstances et des actes. Donc, en tout état de cause, l'attitude demeure inséparable de l'individu qui est en relation avec autrui.

Pour illustrer les propriétés de l'attitude, on peut faire appel à une image : l'attitude est à l'homme, ce que l'ombre est au corps. L'ombre, c'est l'image du corps projetée par la lumière ; l'attitude c'est la représentation qui émane de l'homme en société.

Personne n'ignore que l'on peut jouer avec son ombre et lui faire épouser n'importe quel contour pour l'utilisation combinée des surfaces et de la lumière. Les Chinois, dit-on, excellent à ce jeu. De même l'homme qui se sait en présence de ses semblables, peut prendre et même se composer une attitude déterminée.

Si, maintenant, nous nous désintéressons de notre ombre, elle nous suit néanmoins en permanence, et il serait ridicule de

52. Voir *supra,* n° 30.

chercher à s'en séparer, puisque, comme chacun sait, elle s'attache à nos pas, et elle demeure perceptible pour tous ceux qui nous cotoient. De même, encore, si l'individu ne se soucie pas de son attitude, il en conserve néanmoins une, que ses semblables déduiront toujours de son comportement à leur égard.

113. — Il nous semble que cette notion, ainsi comprise, présente des avantages incomparables au moins sur trois points :

1) Il s'agit d'un concept d'une telle extension qu'il permet de grouper toutes les réactions de l'individu dans la mesure où elles ont des incidences sur l'activité d'autrui. Il peut y avoir défaut de volonté ce qui laisse le juriste traditionnel dérouté, il n'y a jamais défaut d'attitude.

2) En tenant compte seulement des attitudes, on se dispense dans la majorité des cas, de participer aux controverses qui opposent le dogme de la volonté interne, et la théorie de la déclaration de volonté, ces deux systèmes ne présentant pas au demeurant d'intérêt hors des rapports juridiques purement conventionnels.

En effet, l'attitude réalise une sorte de compromis puisqu'elle peut se définir aussi bien par la volonté de celui qui la prend que par la représentation de cette volonté aux yeux des tiers.

En d'autres termes, l'attitude ne dissocie pas la volonté de sa représentation extérieure, dissociation qu'il est inutile de faire, sauf pour erreur ou difficulté d'interprétation, dans les contrats. Dans cette hypothèse, d'ailleurs, il est toujours temps pour le juge de se livrer à une analyse de la volonté profonde. Par conséquent, dans la majorité des conventions et dans tous les rapports juridiques non conventionnels, la connaissance de l'attitude suffit, en réalité, amplement.

3) Enfin, dans le domaine de la sécurité juridique, on comprend mal pourquoi l'individu serait lié par une volonté ancienne, pourquoi un vouloir engage sa responsabilité, pourquoi sa situation juridique dépérit de son défaut de volonté.

« Je suis obligé par ma volonté d'hier, mais ma volonté d'aujourd'hui est-elle moins respectable ? Ma volonté d'hier, c'est peut-être l'inexpérience, la légèreté, la passion, le besoin ; c'est en tout cas le passé... [53] »

La volonté ou le défaut de volonté, source de responsabilité ? Effectivement, on ne voit pas, à priori, en vertu de quoi.

Au contraire, *la notion d'attitude rend instantanément ces problèmes intelligibles* : on comprend fort bien que l'individu

53. Cf. Gounot, thèse, p. 346.

dont l'attitude a été ambiguë ou trompeuse s'expose à des responsabilités, puisque précisément, son attitude, fait social, et non sa volonté, fait interne, a induit les tiers en erreur et a donné lieu à des méprises dans le déploiement de leur activité [54].

114. — Définition de l'attitude juridique.

Nous pouvons maintenant préciser ce que nous entendons par attitude juridique, c'est-à-dire par attitude en tant qu'élément de droit.

On peut dire qu'une attitude devient juridique à partir du moment où elle a été prise en considération par les tiers, au point qu'elle leur a permis d'ordonner leur propre comportement et d'organiser leur propre activité à partir de cette donnée, et dont à ce titre, ils peuvent se prévaloir [55].

Nous verrons ultérieurement que l'on peut, effectivement, se prévaloir de l'attitude d'autrui, puisque les attitudes sont soumises à une certaine stabilité, d'après ce que nous appellerons le principe de cohérence dans le droit [56].

Laissons maintenant ces préoccupations de côté, et recherchons d'abord quelles sont les attitudes fondamentales.

Section II. — *Les attitudes fondamentales dans les rapports sociaux et juridiques.*

115. — Il nous faut, une fois de plus, remonter aux origines du comportement.

On sait, par la psychologie, que l'homme peut à chaque instant, prendre à l'égard du milieu ambiant, deux positions diamétralement opposées [57]. Il peut, en effet, accepter les sollicitations externes, ou les rejeter ; sur un plan plus général, il peut s'intégrer au monde extérieur, ou le combattre.

Le choix qui s'offre ainsi en permanence, à toute personne

---

54. Cf. Martin de la Moutta, *L'acte juridique unilatéral.* A propos de l'offre, p. 276, n° 297, p. 291, n° 315.

55. On retrouve ce point de vue chez plusieurs auteurs qui pourtant n'utilisent pas la notion d'attitude. Ainsi Gounot : « La volonté ne doit pas être étudiée à vide, mais en considérant les fins qu'elle se fixe, et sa représentation chez les tiers. »

De même Durma : « Les tiers n'ont pu agir que parce qu'ils ont eu connaissance de cet état (psychologique) ou malgré la connaissance qu'ils en ont eu », et encore : « Il faut comprendre la déclaration comme une conduite d'ensemble. C'est la conduite qui implique la déclaration, qui l'accompagne ou la remplace. »

56. Cf. *infra,* nos 174 et s.

57. Au stade élémentaire, c'est déjà le plaisir et la douleur, cf. *supra,* n° 22.

correspond sans aucun doute aux attitudes fondamentales de l'individu : attitude favorable au milieu, attitude réfractaire au milieu.

116. — OUI OU NON.

On serait tenté d'appeler respectivement extravertie ou introvertie, ces deux attitudes de base, si ces expressions n'avaient été déjà utilisées dans un sens assez différent par leur créateur [58]. Nous nous contenterons donc de schématiser ces attitudes par le OUI ou par le NON qu'elles comportent vis-à-vis de l'univers et que chaque individu demeure libre de prononcer en tout état de cause [59].

OUI ou NON paraîssent ainsi être les mots clefs de toute adaptation humaine et constituent, semblent-t-il, l'ultime aboutissement de tous les comportements réfléchis.

On trouve d'ailleurs, à tous propos, ces attitudes psychologiques fondamentales dans le Droit. Elles transparaissent, sous forme de notion juridique telle que le consentement, l'acceptation, l'acquiescement, etc... d'une part, et telle que le refus, la contestation, le désaveu etc... d'autre part.

117. — Le choix est-il limité à ces deux valeurs ?

Mais à la réflexion, ces attitudes fondamentales sont-elles les seules ? N'y en a-t-il réellement que deux ?

Sans doute, depuis l'apparition de la logique Aristotelicienne [60], on a pris l'habitude d'enfermer le monde dans une alternative, par le vrai ou par le faux, dans le bien ou dans le mal. Et nous connaissons toutes ces citations où toute la question se résout pour un homme à être ou à ne pas être, et pour une porte, à demeurer ouverte ou fermée...

Sans doute, alors, la tentation est grande aussi pour le juriste de limiter les rapports humains à une option élémentaire : OUI ou NON envers autrui.

L'avantage de cette solution réside, bien entendu, dans la magnifique simplification qu'elle apporte au problème des relations sociales.

On accepte ou on refuse, chacune de ces propositions excluant l'autre. D'où le postulat suivant : si on n'accepte pas, c'est que l'on refuse, puisque l'on ne peut pas accepter tout en

---

58. Cf. Jung, *Problèmes de l'âme moderne*, p. 208, éd. Corréa.

59. Cf. *supra*, n° 20.

60. Logique, dite bivalente, du vrai et du faux qui semble, en fait, monovalente dans la mesure où elle fait toujours triompher l'une des deux valeurs au détriment de l'autre. Voir : *Logique et Contradiction*, Lupasco, P.U.F., 1947, p. 9 et 12.

refusant. On ne pourrait s'évader de cette alternative que par une contradiction, qui comme chacun sait, conduit infailliblement à l'erreur.

Et dès lors, on doit bien admettre que l'existence d'une troisième attitude semble exclue.

118. — La position du droit classique.

Nous avons vu précédemment que la jurisprudence ne se fait pas faute d'appliquer ce système, en particulier, lorsque, imperturbablement, elle ramène le défaut de volonté contraire à une volonté concordante. Et l'on doit reconnaître à cette méthode une efficacité certaine, puisque les questions les plus embarrassantes se trouvent ainsi résolues d'une manière expéditive.

On éprouve donc quelques scrupules à mettre en doute une conception aussi séduisante de netteté et de simplicité.

119. — Rejet de cette conception.

Cependant, deux considérations, qui doivent retenir maintenant toute notre attention, nous empêchent d'adhérer à cette logique juridique, trop sommaire [61].

120. — Premier argument : *Il est impossible, en fait, de ramener à* OUI *ou à* NON *toutes les possibilités d'adaptation de l'individu.*

En effet, ce OUI ou ce NON correspondent à une orientation, à un choix, à un jugement de l'individu qui sont *inconcevables, sans l'intervention de la volonté.*

Or, nous avons vu que, en marge de la volonté, il existait chez nous des états de non-volonté, qui nous laissent sans aucune directive envers notre milieu.

Cette absence de directives ne correspond pas toujours comme on pourrait le penser, à une défaillance de notre part ; sans doute, elle peut provenir de la paresse, de la faiblesse, de l'apathie, du désordre, mais elle peut aussi procéder d'un tout autre état d'esprit : bien souvent, en effet, nous nous abstenons, en connaissance de cause, d'intervenir dans la situation qui s'offre à nous. Il s'agit alors d'une *attitude délibérée*, c'est-à-dire, consciemment déterminée, et qui pourtant ne rentre dans aucun des cadres du OUI ou du NON.

Il faut donc admettre que la classification des attitudes fondamentales en deux groupes est *insuffisante*, puisque, nous

61. Déjà dans *Interprétation en droit privé positif*, Gény attire l'attention sur les fausses conceptions de la logique juridique (p. 149), et sur les dangers de la logique aristotélitienne (p. 198).

venons de le dire, *il en existe une troisième* qui ne correspond à aucune des deux autres.

Quelle est cette attitude ?

121. — OUI et NON sont un choix au second degré.

Avant d'essayer de la définir, il faut rechercher son origine et expliquer son apparition, aux côtés du OUI et du NON que l'on pose traditionnellement en postulat.

La source, l'origine, l'explication ne peuvent se trouver que dans l'observation suivante : OUI ou NON envers autrui, constituent des jugements, ou si l'on préfère, des jugements au second degré [62] ; car avant de faire preuve d'une volonté quelconque à l'égard d'autrui, il s'agit de savoir — *et ceci est primordial* — si l'on veut *intervenir*, c'est-à-dire se projeter dans le monde extérieur, ou bien si l'on préfère s'abstenir en se repliant sur soi-même.

Un exemple fera mieux comprendre le sens de cette observation. Si nous nous comparons à une armée [63] qui subit une attaque (comme nous recevons une sollicitation d'autrui) et si nous exprimons nos réactions en termes militaires, il y a un choix premier suivi d'un choix subséquent : ou bien on se contente de laisser passer l'attaque en se terrant dans son trou, ou bien l'on décide d'agir. *Voilà la première option.*

Mais si l'on décide d'agir il existe encore deux possibilités : encore faut-il en effet savoir si l'on donnera l'ordre de contre-attaquer, en se jetant sur l'adversaire, ou l'ordre de se replier en cédant le terrain.

122. — L'option fondamentale.

Il y a donc un choix de base dont l'une des options se dédou-

---

62. Il s'agit d'un phénomène psychologique bien connu, mais qui peut mériter une explication dans le cadre d'un ouvrage de Droit. Un jugement de jugement est une opération qui en implique une autre antérieure. Il existe, par exemple, des phénomènes de conscience au second degré (j'ai conscience d'avoir conscience). Il s'agit même d'une technique qui devrait, paraît-il, conduire à la pleine maîtrise de soi. Cf. *Mr Gurdjieff*, de Louis Pauwels (Gallimard). Dans le cadre de cette étude, on observera simplement que la proposition « l'individu répond OUI à la sollicitation » constitue une assertion d'assertion, ou assertion en chaîne. En effet, c'est poser : 1° que l'individu répond à la sollicitation, premier jugement qui suppose la possibilité d'un jugement contraire (cas où l'individu ne répond pas) ; 2° que la réponse a été OUI, ce qui est encore un jugement puisqu'elle aurait pu être NON. Le deuxième jugement résulte du premier. Mais il ne serait pas impossible de s'en tenir à la première affirmation (il a été répondu) en ignorant le contenu de la réponse. (Etait-ce par OUI ? Etait-ce par NON). Il y a donc bien deux jugements successifs.

63. Cette comparaison, à propos des attitudes, n'est pas nouvelle : on la trouve chez Jung, *Problèmes de l'âme moderne*, p. 96 et 97.

ble elle-même en deux possibilités, ce qui, en définitive, donne vis-à-vis de l'ennemi, trois tactiques : tenir la position actuelle, avancer, reculer.

Autrement dit, OUI ou NON envers autrui correspond seulement aux directions de la volonté, mais la question de la mise en œuvre de la volonté précède celle de son orientation, et le problème de l'intervention ou de l'abstention doit être tranché avant celui du OUI ou du NON, qui lui, ne se conçoit que dans l'intervention.

On comprend, dès lors, que tenter de ramener toutes les attitudes à OUI ou à NON revient à poser un faux problème, puisque, ce faisant, *on préjuge* d'une option préexistante et également fondamentale : celle qui sépare l'action de l'inaction et l'intervention de l'abstention.

123. — Complexité apparente, simplicité réelle.

On remarque, incidemment, que si l'adoption d'une attitude se révèle, à l'analyse et dans son aspect subjectif, comme une *opération complexe* avec éventuellement un choix à deux degrés, au contraire, sous son aspect objectif, pour autrui, pour le monde entier, le phénomène dépouillé de son processus de formation, prend trois aspects bien simples : positif, neutre, négatif.

124. — Classification des attitudes fondamentales.

Il nous est maintenant possible d'établir une classification plus complète des attitudes.

125. — Action ou inaction.

Au stade le plus élémentaire, au stade de la biologie pourrait-on dire, il faut séparer l'action de l'inaction, qui constituent déjà deux manières d'être dans le milieu ambiant.

« La cellule vivante réagit-elle ou non au stimulus ? »

126. — Inaction, action positive ou négative.

A partir de cette observation, on peut procéder à une analyse moins primaire et différencier d'une part l'inaction sous toutes ses formes (l'inertie, le silence, etc...), et d'autre part l'action dans ses deux orientations contraires (favorables ou en opposition au milieu).

La réponse sera donc : la cellule vivante ne bronche pas devant le stimulus, ou bien elle se rétracte, ou bien elle se dilate.

De même, on dira : l'individu reste étranger à son milieu, il le combat ou il s'y intègre.

127. — OUI, NON, RÉSERVE.

Au dernier échelon enfin, privilège de la personnalité

humaine, celui des *comportements réfléchis*, on distinguera le OUI, le NON, toujours considérés comme des variantes de l'action, mais de l'action consciente, et la Réserve ou inaction consciente, réfléchie, délibérée et déclarée.

Dès l'instant où l'on a pris en considération tous les comportements réels de l'homme, et en particulier ceux qui résultent des états de non-volonté, il était à prévoir que l'on ne pourrait pas les enfermer dans une simple option à deux termes sans la faire éclater en une troisième valeur qui est précisément La Réserve.

128. — Portée de cette nouvelle conception.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette nouvelle classification : l'apparition d'une troisième valeur remet en question toute cette logique juridique sommaire que nous avons décrite plus haut, et qui, elle, se contentait de deux termes (OUI ou NON, acceptation ou refus, consentement ou contestation, etc...)

Par conséquent, le débat va se déplacer sur un autre plan ou bien, en effet, il faut admettre que cette logique juridique traditionnelle est fausse, ou bien il faudra renoncer à faire de la Réserve une véritable valeur logique ; et, telle n'est pas notre intention.

129. — Deuxième argument : *La réserve est logique.*

Le système de la jurisprudence et l'état d'esprit de la majorité des juristes reposent plus ou moins consciemment avec la Logique Aristotélicienne : l'individu, dans ses rapports avec autrui, se trouve placé devant un choix absolu, définitif, radical, dont les deux valeurs, OUI ou NON, sont absolument statiques, en sorte que l'adoption de l'une d'elles met fin à l'option par radiation, destruction, exclusion définitive de l'autre valeur qui cesse d'exister à l'instant même.

Le choix devient alors un acte intemporel ; on en fait un acte de vérité pure, à partir duquel la valeur choisie fait figure de vrai définitif, et où la valeur rejetée n'est même plus à envisager car elle devient le faux absolu.

130. — Incompatibilité de la réserve et du système Aristotélicien.

Entre le vrai absolu et le faux absolu, quel autre support pourrait bien trouver une troisième solution ? Et alors, dans cette conception, il est bien certain qu'il ne peut y avoir que deux orientations.

Hors de l'alternative, point de salut ! Toute tentative pour chercher une troisième voie à l'écart des deux termes de l'option

déboucherait nécessairement dans le domaine de l'inexistence. sur le néant. Et c'est bien ainsi que sont traités les états de non-volonté dans le Droit actuel : on n'en tient pas compte, on ne les prend pas en considération, on préfère ne pas envisager leur troublante éventualité qui jette un doute inconfortable ; on les ramène à des notions certaines, concrètes, positives : on les réduit à des éléments plus connus et plus maniables, c'est-à-dire, suivant les circonstances [64], au OUI ou au NON traditionnel.

131. — Insuffisance de la logique aristotélicienne.

Mais, et c'est là toute l'erreur, on ramène l'existence du monde à l'espace ; on ne raisonne que sur des directions OUI ou NON, on exclut la troisième dimension de l'univers : LE TEMPS.

132. — Le rôle du temps.

Or, on commencera par observer que le temps est, en fait, inhérent à tous les problèmes d'adaptation, et par conséquent, aux attitudes.

En effet, le choix d'une attitude, aussi urgent soit-il, suppose toujours un minimum de temps pour rassembler notre personnalité face à la situation. Ce phénomène qui n'est pas toujours conscient [65], existe néanmoins, ou sinon il faut admettre que l'on sort de la psychologie pour tomber dans l'hypothèse de l'arc-réflexe physiologique.

Rassembler notre personnalité, c'est grouper à la fois nos désirs qui empiètent sur l'avenir, et notre expérience issue du passé.

De surcroît, nous ne nous adaptons pas à un univers figé mais à un monde qui, lui-même, marche avec l'évolution [66]. On comprendra alors que le choix n'intéresse pas seulement le présent mais qu'il constitue une tentative pour conjuguer deux forces en mouvement permanent — (nous-mêmes et le monde extérieur). Ces deux forces peuvent se compléter, à un moment donné, se trouver ensuite dans un état d'équilibre, qui, à son tour, risque d'être rompu.

On ne peut mieux exprimer cette idée que par la formule « tempora mutantur et nos in illis [67] ».

En d'autres termes encore, le temps intervient sous un aspect subjectif — la durée — et sous un aspect objectif — l'évo-

---

64. Cf. Chabas, *La déclaration de volonté*, thèse, Paris, 1931. Le silence accompagné de circonstances peut valoir acceptation : « Très bien ! Mais qu'est-ce à dire ? Des circonstances qui ne valent pas acceptation et un silence qui ne vaut pas acceptation, valent acceptation ! »

65. Cf. Jung, *Problèmes de l'âme moderne*, p. 202 et s.

66. Cf. aussi Bergson, *L'évolution créatrice*.

67. Cité d'après Jung, *op. cit.*, p. 102.

lution [68] —. La durée est ce moyen, cette faculté, cet élément, qui nous est donné pour nous adapter à un monde en évolution.

On comprend alors que le temps ne constitue pas seulement le cadre de nos attitudes, mais qu'il en est l'essence, et que donc, il ne saurait être exclu de leur compréhension.

133. — La logique moderne.

Ces observations trouvent une précieuse confirmation dans la Logique moderne, dont on sait qu'elle a relégué les conceptions aristotéliciennes au rang de meta-logique ou logique idéale et impossible [69].

La pensée contemporaine est, en effet, parvenue à cette conclusion : la Temporalité est d'essence logique [70], conclusion qui nous intéresse au plus haut point, car les valeurs qui, pour Aristote, et ses adeptes, étaient statiques, comme nous l'avons observé, deviennent ainsi *dynamiques* dans le temps.

134. — L'antagonisme des valeurs virtuelles et actuelles.

Par conséquent, OUI ou NON ne s'excluent pas définitivement l'un et l'autre, ce sont simplement des valeurs antagonistes, qui varient au sens inverse par rapport à un même sujet. En termes plus simples, lorsque le OUI devient actuel par le choix du sujet, c'est-à-dire lorsque le sujet fait sien le OUI, la valeur antagoniste (le NON) ne disparaît pas, mais devient virtuelle ; elle n'est pas rejetée hors du monde, ou hors du possible, mais seulement hors de *l'actualité*.

Les valeurs ne représentent plus alors le vrai ou le faux absolu, mais le vrai actuel qui est le faux virtuel et réciproquement, cet état de chose pouvant être inversé à tout moment chez un même sujet, notamment par l'intervention de sa volonté. Nous sommes dans l'hypothèse de la rétractation dont d'ailleurs on sait bien qu'elle n'est pas étrangère à la réalité quotidienne.

135. — Le rôle du sujet dans la contradiction.

Il importe de remarquer, que seul, le choix du sujet confère l'actualisation à l'une de ces valeurs, et que hors de cette actualisation, les valeurs ne sortent pas du domaine des possibles. Par conséquent, OUI et NON ne s'excluent pas eux-mêmes. Ils ne peuvent s'exclure qu'au sein d'un même sujet qui prétendrait les accueillir simultanément dans leur modalité actuelle.

Autrement dit, la contradiction ne peut être que le fait de l'individu.

---

68. Cf. notre introduction, nos 23 et 24.

69. Cf. à ce sujet et pour la suite de ce paragraphe, *Logique et contradiction* (P.U.F.), Stéphane Lupasco, p. 23 et 35...

70. Voir *Logique et contradiction*, précité, p. 23.

136. — Le défaut de volonté correspond à une non-actualisation des valeurs.

Jusqu'à présent, nous avons raisonné sur l'hypothèse où le sujet intervient, c'est-à-dire sur le cas où sa volonté actualise l'une des deux valeurs. S'il n'intervient nullement (état de non-volonté) on comprendra que le OUI ou le NON, incapable d'acquérir par eux-mêmes l'actualisation nécessaire pour être pris en considération, demeurent simplement des possibles étrangers au sujet (du moins jusqu'à son intervention). Par conséquent, l'individu n'est pas nécessairement ou dans le OUI, ou dans le NON. comme le pensent les juristes Aristotéliciens dans leur système étriqué ; il peut n'être ni dans le OUI ni dans le NON, étranger à ces deux attitudes, *sans pour autant sombrer dans l'incohérence ou dans l'inexistance.*

En effet, la situation est alors la suivante :

Les deux attitudes (OUI et NON) coexistent en tant qu'attitudes possibles dans le domaine virtuel, ce qui est parfaitement logique, et l'individu, lui, échappe à toute contradiction puisqu'il se place actuellement hors de ces deux valeurs. Il ne pourrait, il ne peut y avoir contradiction en sa personne que dans un OUI et un NON, actuels, ce qui n'est pas le cas.

137. — La situation d'observateur n'a rien d'illogique.

Ainsi, lorsque ces valeurs ne sont pas passées de la puissance à l'acte, par le fait du sujet, il ne saurait être déclaré contradictoire à leur propos, tant elles lui sont étrangères. Autrement dit, dans ce cas, la contradiction est, elle-même, virtuelle. et le sujet se tient dans une situation qui n'a rien d'illogique. C'est celle de la Réserve.

SECTION III. — *La réserve, attitude fondamentale.*

138. — Où situer le sujet qui n'intervient pas ?

Mais alors, si comme nous le prétendons, l'individu peut logiquement ne pas choisir et se tenir en dehors des orientations définies par le OUI et le NON envers autrui, où se situe-t-il ? Comment concevoir son attitude ?

Et de fait, c'est bien là un problème qui resterait insoluble sans le secours du Temps. Dans une psychologie instantanée, une attitude qui ne serait rien pour autrui, ne serait rien en elle-même ; tout au moins, elle apparaîtrait informe et insaisissable.

Mais si, au contraire, on fait intervenir le Temps, cette attitude prend une consistance certaine par le simple fait qu'*elle dure* ; elle devient une réalité lorsqu'elle se maitient dans un

monde, qui, lui, ne cesse d'évoluer. Elle se définit par une certaine stabilité dans le mouvement ambiant.

Ce fait a été reconnu par des philosophes de toutes les époques : ainsi l'ἀπαθεία grecque, le Quies Mentis du Moyen Age, l'Indifférence chez Fénelon[71], peut être aussi l'Absurde contemporain[72], ne procèdent pas d'un autre état d'esprit.

139. — Le temps : troisième dimension de la personnalité.

On doit alors interpréter le temps comme une troisième voie pour le comportement, une troisième dimension de la personnalité ; il confère à une attitude qui n'est ni OUI ni NON, toute la signification qui paraissait, autrement, lui faire défaut. En somme, on peut dire que ce genre d'attitude se définit moins en fonction de la force qui anime l'individu que par l'inertie constante qu'elle implique à l'égard d'un milieu en mouvement.

140. — Critères d'une attitude fondée sur une intervention virtuelle.

On peut aisément définir dans les *rapports juridiques* une attitude qui reposerait sur les mêmes bases : l'individu qui l'adopte se situe vis-à-vis de ses semblables, non pas par un OUI ou par NON actuels, mais par OUI et NON virtuels, c'est-à-dire par la faculté de prononcer plus tard indifféremment OUI ou NON. L'individu se définit par ses possibilités à venir et non par sa force actuelle[73]. Autrement dit, dans cette attitude, et aussi longtemps qu'elle dure, ce qui importe aux tiers, c'est le fait que le OUI et le NON sont, au gré du sujet, encore possibles à leur égard. Il s'agit de ce que l'on appelle couramment « l'expectative » ou attitude expectante[74] qui, comme son nom l'indique, ne se comprend que par référence au temps.

141. — Fondements de la réserve.

Dans la même ligne de comportement, si l'individu déclare à ses semblables qu'il adopte cette attitude en connaissance de cause, c'est-à-dire avec l'intention avouée de maintenir à leur état virtuel des possibilités d'intervention qu'il n'utilise pas maintenant, mais qu'il risque d'actualiser plus tard, on obtient

---

71. Cf. *La notion d'indifférence chez Fénelon et ses sources* (P.U.F.), par J.-L. Goré, docteur ès lettres.

72. Cf. Camus, *Le mythe Sisyphe*, p. 88. « Le présent et la succession des présents devant une âme sans cesse consciente, c'est l'idéal de l'homme absurde. »

73. On retrouve les mêmes critères pour toutes les attitudes basées sur la puissance : le défi, la provocation, la menace ; et leurs corollaires, la peur, le respect, la soumission.

74. Expectative, cf. Larousse.

une des meilleures définitions que l'on puisse donner de la RÉSERVE.

La RÉSERVE est donc un état de NON-VOLONTÉ actuelle, et qui implique nécessairement un recours au temps.

Elle procède d'un comportement antérieur à l'intervention de la volonté envers autrui [75] ; par là-même, il s'agit d'une attitude *première et fondamentale.*

142. — La réserve, attitude fondamentale.

On vérifiera aisément la conclusion à laquelle nous venons d'aboutir à partir de l'observation suivante.

On essaye souvent de comprendre les réserves en se référant à diverses expressions courantes, telles que « OUI sous réserve » ou « accepter sous réserves » ou encore « NON avec ou sans réserves... ». Dans ce cas, on a tendance à voir dans les réserves une simple modalité du vouloir, pas très différente du terme ou de la condition par exemple, ce qui, dans la réalité, infirmerait notre thèse.

Or, si l'on approfondit quelque peu l'expression « OUI sous réserve » on s'aperçoit au contraire, que l'élément important n'est pas le OUI, mais la réserve qui l'accompagne. OUI sous réserve n'est pas OUI [76], c'est une réserve. En toute logique, et dans l'absolu, on peut même dire que OUI sous réserve, revient à NON sous réserve, c'est-à-dire en définitive, à la réserve elle-même.

Par conséquent, les réserves ne peuvent pas être une modalité de l'affirmation ou de la négation. Bien au contraire ! En ces circonstances, *ce sont OUI et NON qui apparaissent comme des nuances des réserves,* comme une simple indication de préférence sur une décision à venir. La Réserve constitue donc une attitude non seulement particulière, originale et complète, mais encore PRÉDOMINANTE, dans la mesure où elle peut pratiquement anéantir les déclarations contemporaines d'acceptation ou de refus, sans que la réciproque soit vraie.

143. — En partant de cette conception, bien des énigmes, bien des problèmes seconds, bien des points marginaux, que nous nous étions contentés de mentionner au cours de notre exposé, vont maintenant trouver leur solution.

144. — La compréhension intuitive des réserves.

A. — On comprendra ainsi ce phénomène qui nous avait intri-

---

75. Ceci rejoint nos observations précédentes, nos 120 et 121 : Oui et Non sont un choix au second degré.

76. Tout particulièrement dans le droit.

gué au premier abord, selon lequel les Réserves pouvaient demeurer aussi mal définies et recevoir cependant une bonne utilisation courante [77].

S'il est exact que la Réserve est une attitude fondamentale et qu'elle appartient, naturellement, à notre comportement social, il ne faut pas s'étonner que sa définition présente une importance secondaire, tant il est vrai que les phénomènes premiers, les faits psychologiques élémentaires [78] demeurent souvent les plus éloignés de notre esprit par l'habitude que nous en avons.

Il est tout aussi remarquable de constater que l'on s'interroge fort peu sur la nature du OUI en général, de l'affirmative, de l'acceptation, du consentement, et du NON du refus, du désaccord, de la contestation, qui constituent sans aucun doute les premières étapes de toute activité. Bien entendu, quelques ouvrages de philosophie, quelques études de Droit, s'y sont attachés [79] ; mais les consulte-t-on beaucoup pour autant ? Leur contenu nous guide-t-il dans nos affirmations ou nos négations ?

En définitive, il risque bien d'en être de même pour la « Théorie générale des réserves et des protestations ».

L'utilité d'une connaissance approfondie des Réserves n'apparaît pas sur le plan de la pratique. Il serait dérisoire de prétendre révéler un phénomène qui procède directement de la nature humaine, et qui, dans son concept usuel, tient pour ainsi dire de l'inconscient collectif.

En revanche, il n'est certainement pas inutile de guider la réflexion de ceux qui sont amenés à statuer sur cette notion en elle-même. Tel est le cas des juges dont on ne doute pas qu'ils connaissent bien l'emploi et la légitimité des Réserves lorsqu'il s'agit de... se réserver, mais dont on peut se demander s'ils comprennent, s'ils appréhendent clairement la notion quand elle est soumise à leur examen, lors d'un débat judiciaire.

A ce propos, on se souviendra que la faiblesse du système logique de la jurisprudence l'a conduite à rejeter en pratique, toutes les valeurs d'adaptation étrangère au OUI ou au NON (en particulier les états de NON-VOLONTÉ et les RÉSERVES) ce qui est

---

77. Cf. introduction, n° 8.

78. Par exemple, la perception est un phénomène très complexe dont la compréhension n'apporte absolument rien aux sens du toucher, de la vue, de l'ouïe.

79. Les ouvrages de logique débutent toujours par une étude de valeurs d'affirmation et de négation. Tous les traités de Droit consacrent quelques paragraphes au consentement. M. Hauriou a traité le contentieux, etc. En philosophie, il existe au moins un ouvrage récent sur le désaccord (A.J. Maydieu), P.U.F.

tout de même faire bon marché de la variété des comportements et de la liberté individuelle.

145. — La contradiction latente des réserves.

B. — D'autre part, lors de l'introduction, nous avions noté que la notion de RÉSERVES paraissait à priori comporter en elle-même, une contradiction latente [80].

Il nous est facile maintenant de déceler l'origine de ce phénomène qui réside dans le fait suivant : l'individu en se réservant, ne met en jeu aucune volonté (ni concordante, ni contraire) à l'égard d'autrui, et cependant, il fait expressément appel à ces mêmes volontés. La distinction que nous avons faite entre les volontés actuelles et les volontés virtuelles dissipe cette apparence de contradiction, apparence qui reposait uniquement sur des conceptions habituelles trop étriquées pour admettre le dynamisme des valeurs dans le temps [81].

Cette remarque permet incidemment de comprendre l'origine du mot « Réserve ».

Réserver, c'est garder pour soi. Or, en matière de rapports sociaux, que peut-on garder pour soi ? Certainement pas une volonté actuelle qui sous-entend un exercice présent. Certainement pas, non plus, une volonté future, et pour la même raison, volonté étant, en notre domaine, synonyme d'activité, on ne peut garder pour soi que des facultés de vouloir ultérieurement, c'est-à-dire que des volontés possibles, éventuelles, en un mot, que des volontés virtuelles.

La réserve consiste donc à garder pour soi des volontés virtuelles ; la réserve est, avant tout réserve de vouloir.

146. — Les réserves recèlent une tendance marquée à l'unilatéralité.

C. — Au rang des caractères apparents de la réserve, nous avions encore signalé une tendance particulière à l'unilatéralité. Cette apparence première ne s'est pas estompée et le moment est venu de savoir pourquoi la réserve semble ne servir jamais que les intérêts d'une partie unique, alors que le OUI ou le NON, qui sont également unilatéraux, ne donnent pas une impression aussi nette.

En fait, OUI ou NON, expression de notre volonté présente, ont une efficacité immédiate envers autrui : ils tranchent sans délai le problème de notre participation au changement de situation juridique.

---

80. Cf. introduction, n° 8.
81. Cf. *supra*, nos 128, 129 et 132.

Au contraire, par la réserve, nous préférons situer notre comportement dans le temps plutôt que de nous livrer à une action directe et de nous engager envers nos semblables.

Ce recours au temps constitue d'ailleurs en lui-même une adaptation qu'il ne faut pas sous-estimer. L'individu sait bien en effet, que son attitude n'arrête pas le cours de l'évolution [82], que les conditions peuvent changer, en un mot, que les données d'un problème ne sont jamais éternelles.

La sagesse populaire reflète souvent cette idée dans ses expressions : « Laisser faire le temps, tout a une fin, demain est un autre jour, patience et longueur de temps, etc... » C'est donc presque une évidence de dire que le temps peut être mis à profit par l'individu, pour son adaptation au milieu ; on peut même ajouter : il ne s'agit pas seulement d'un refuge pour l'homme désemparé, mais parfois d'une véritable solution que nous apportons délibérément à nos problèmes.

Ainsi la réserve paraît, *sur le plan individuel,* non seulement légitime, mais encore très sûre, très sage, et non dénuée d'efficacité.

Mais il ne faut pas perdre de vue que, en utilisant le temps, l'individu s'empare d'un élément qui ne lui est pas personnel ; le temps qu'il prend pour s'adapter ou pour se décider est également le temps d'autrui ; et cette question est d'une acuité particulière dans les rapports de droit où nécessairement les deux individus en présence, sont plus ou moins solidaires dans la mutation de leurs situations juridiques respectives.

Par conséquent, si nous nous déclarons réservés, nous imposons une voie personnelle et divergente : à l'action d'autrui, nous répondons par l'utilisation du temps à notre profit. En d'autres termes, nous exigeons de nos semblables qu'ils perdent ce temps que nous voulons utiliser.

Là, apparaît le caractère foncièrement unilatéral de la réserve, qui tend à paralyser, en ce qui nous concerne et pour une durée indéterminée, une situation juridique sur le point d'évoluer [83]. On découvre du même coup, en quoi la réserve est une attitude de faible valeur sociale ; alors que OUI et NON sont des régulateurs de l'évolution des droits entre les hommes, la réserve ne satisfait qu'une faculté individuelle : l'appropriation utile du temps.

---

82. A cet égard, on notera que les réserves n'empêchent pas, par elles-mêmes, l'intervention d'autrui de se développer à ses risques et périls. En ceci, elles se distinguent de la volonté contraire.

83. Les réserves n'apparaissent qu'à l'occasion d'un changement, d'une variation, d'une mutation de l'ordre actuel. Autrement, elles seraient sans objet.

147. — La réserve, phénomène psychologique complexe.

D. — Si la réserve représente un état de non-volonté, durable à l'égard d'autrui, elle n'est pas la seule attitude de ce genre. On se demandera, sans doute, en quoi elle se distingue de l'indifférence simple, de la passivité ordinaire, de la paresse banale.

La distinction est facile à faire : loin de résulter d'une déficience ou d'une faiblesse quelconque, la réserve constitue une attitude organisée et complexe qui implique un état de conscience à trois degrés.

1) On se réserve à l'égard de quelqu'un, à propos de quelque chose ; par conséquent, pour se réserver, il faut, avant toute chose, avoir conscience d'une sollicitation ou d'une menace externe qui risque d'avoir des incidences sur notre sphère juridique.

2) D'autre part, la réserve exige la conscience de soi-même, en tant que force ou en tant qu'individualité distincte du milieu qui requiert notre adaptation.

La réserve n'étant pas action, elle est nécessairement pensée, ou mieux pensée d'action et représentation de la fin à atteindre.

Si l'on préfère, il faut pour se réserver avoir conscience et de la sollicitation extérieure ou réalité objective, et de notre force interne ou réalité subjective ; et de surcroît, il faut s'abstraire de ces deux réalités pour les opposer face à face et les formuler en une seule déclaration.

On mesure alors que la réserve constitue une attitude exclusivement humaine et intelligente.

3) Enfin, il va de soi que la réserve implique la conscience du temps, et même, peut-on dire, du temps utile et du *temps perdu*.

Le *temps utile* est celui qui nous incite à retenir, à réserver nos moyens pour plus tard, sans les mettre immédiatement en action.

Le *temps perdu* représente les dangers de l'inaction et de l'expectative silencieuse ; c'est précisément lui qui motive notre déclaration actuelle. En nous réservant, nous prenons date.

148. — Au terme de ce paragraphe, on comprendra mieux pourquoi la réserve ne nous semblait pas une chose simple à priori [84]. On voit qu'il s'agit d'un phénomène psychologique complexe et même d'un ensemble de phénomènes psychologiques interférents, qui apparaissent seulement au stade des comportements réfléchis.

84. Cf. titre préliminaire, n° 29.

Il en résulte souvent pour l'individu qui prend cette attitude une impression de plénitude dans sa personnalité et un sentiment de maîtrise complète sur les différents éléments de la situation [85]... Cette jouissance toute intellectuelle dont les fondements restent obscurs, trouve au moins une explication chez un auteur moderne : « On peut toujours imaginer la succession de tous les possibles dans le temps ; mais ce qui compte, c'est de les vivre tous ensemble, à chaque instant, hors du temps. Tout ce qui est successif est sans valeur [86]. »

Section IV. — *Nature juridique des réserves.*

149. — Jusqu'à présent, nous avons recherché un concept de la réserve posé par l'entendement, et nous nous sommes efforcés d'y parvenir en partant de données psychologiques aussi bien que juridiques.

La réserve nous apparaît maintenant sous le jour d'une attitude ; attitude métaphysique, philosophique, juridique ou politique, selon le contexte.

150. — Les réserves entrent-elles dans la catégorie des actes juridiques ?

Après ces travaux d'approche lents et difficultueux, il nous reste à prendre position sur la nature juridique des réserves de droit. N'est-il pas possible de les ramener à une catégorie plus usuelle et en particulier, à celle des actes juridiques ?

151. — La réserve juridique constitue toujours une déclaration volontaire.

A ce propos, un fait qui n'a sans doute pas échappé au lecteur, peut nous fournir une indication sérieuse. Sans doute les réserves sont inaction et absence de volonté envers autrui : elles n'en constituent pas moins une *déclaration volontaire* [87]. Que les réserves du droit comportent toujours une déclaration, c'est bien

---

85. Il va de soi que nous avons étudié la réserve en tant que valeur d'adaptation, ou attitude intelligente. Il existe une acception légèrement différente de ce terme qui tendrait à l'assimiler à la pudeur. Les données fondamentales restent cependant les mêmes puisque dans tous les cas il s'agit de ne pas se compromettre. Toutefois, la pudeur, la modestie, etc., comportent une certaine inhibition qui n'est pas évidemment un facteur d'adaptation. Il intervient alors des impératifs moraux, qui échappent à nos recherches.

86. Raymond Abellio, *La Fosse de Babel* (Gallimard), p. 249.

87. Or, tout acte volontaire correspond à une fin recherchée, sauf dans le problème purement littéraire de l'acte gratuit, ou prétendu tel.

évident, sinon elles ne seraient pas prises en considération par les juristes [88].

C'est même par cette nécessité de recevoir une expression que les réserves juridiques se distinguent des réserves mentales et autres attitudes métaphysiques ou philosophiques qui se suffisent en tant que pensée.

Cette déclaration volontaire de réserve a certainement pour but de porter à la connaissance d'autrui notre attitude (qui est précisément réservée). Mais cette volonté d'informer autrui, propre à toute déclaration ne suffit pas à lui conférer ipso facto, la qualité d'acte juridique. Il faut encore que cette déclaration produise un effet de droit voulu par son auteur.

152. — Critères de l'acte juridique.

Si donc, nous cherchons à envisager les Réserves sous la forme éventuelle d'un acte juridique, nous devrons :

1) établir l'existence d'une volonté tendant à réaliser un effet de droit,

2) déterminer cet effet de droit lui-même,

3) s'assurer que cet effet de droit ne puisse apparaître et n'apparaisse seulement que s'il existe chez l'auteur de la réserve la volonté de le produire.

153. — Définition moderne de l'acte juridique.

Nous avons choisi de l'acte juridique une définition assez moderne empruntée à M. Martin de la Moutte, qui, lui-même, l'a établie à partir des recherches de Gounot et de Durma [89]. Il est bien évident que si nous nous contentions d'une définition classique telle que celle adoptée par Demogue [90] — un fait juridique volontaire — les réserves mériteraient à coup sûr cette qualité. D'ailleurs cet auteur n'hésite pas à ranger les réserves parmi les actes juridiques unilatéraux et plus particulièrement parmi les actes conservatoires [91].

---

88. Sans doute, on objectera les nombreuses clauses et restrictions qui demeurent latentes dans les conventions et que le juge est chargé de rétablir par interprétation de la volonté des parties. Mais il s'agit là, d'un problème particulier à l'expression d'une volonté envers autrui et que nous traiterons à propos des réserves dans l'action. Cf. III[e] partie. Pour l'instant, nous nous attachons uniquement à la réserve, fait autonome. Pour dissiper cette équivoque, on observera que, dans notre jurisprudence, les réserves ne se présument pas plus que la renonciation. Au contraire, elles sont souvent méconnues dans leur meilleure forme expresse.

89. Voir *L'acte juridique unilatéral,* par Martin de la Moutte, Librairie Sirey, 1951, p. 18 à 36. Egalement Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé,* thèse, Dijon, 1921, p. 240 et s. Encore Durma, *La notification des actes juridiques,* n[os] 88 et s.

90. *Traité des obligations,* t. I, actes juridiques.

91. Classification des actes juridiques, n° 16, *op. cit.*

Malheureusement, cette définition a soulevé des objections sérieuses chez les auteurs que nous avons cités quelques lignes plus haut, et en définitive, c'est à l'aboutissement de leurs propres travaux que nous nous référons. Reprenons leurs éléments un par un.

154. — Premier critère : l'existence d'un vouloir.

A quelle volonté correspondent les réserves ?

Il peut paraître hasardeux de rechercher une volonté dans les réserves, alors que depuis longtemps nous nous efforçons de montrer qu'elles sont « absence et volonté envers autrui ».

Mais précisément, il y a dans cette proposition une nuance importante : l'absence de *volonté envers autrui* n'exclut nullement une autre volonté qui aurait un objet différent.

On peut, en effet, concevoir une volonté concernant uniquement nos propres intérêts et laissant de côté la sollicitation d'autrui, sans chercher à la paralyser, ni à la concilier. Les réserves comportent bien une volonté de ce genre, volonté dont l'objet est exclusivement nous-mêmes [92], et notre comportement considéré comme facteur d'évolution, et que nous détournons intentionnellement des événements actuels.

En nous réservant, nous nous efforçons de nous détacher d'un contexte où notre présence naturelle impliquerait une participation à l'activité ambiante : nous émettons une norme [93] qui se substitue à notre participation naturelle. Cette norme affirme notre liberté à l'égard d'autrui. Sans doute, un individu qui tiendrait seulement à affirmer son indépendance et à conserver ses facultés dans une situation stagnante ne ferait pas preuve de volonté. Mais au contraire, si ce même individu s'attache à maintenir ses prérogatives dans une situation qui évolue rapidement, *il déploie un effort* ; et cet effort, pour demeurer stable au milieu de l'évolution est le signe d'une volonté indubitable [94].

155. — On peut ici avoir recours à une comparaison.

Si un nageur se laisse emporter par le courant, il demeure passif. S'il descend la rivière plus vite que le courant ou s'il se déplace à contre-courant, sa force, sa volonté ne font aucun doute. Si maintenant il s'efforce de se maintenir immobile mal-

---

92. Le vocabulaire et la syntaxe confirment cette opinion : on « se » réserve. La réserve a donc lieu, en ce qui nous concerne, quant à nous.

93. Norme ne doit pas être prise, ici, au sens strict, c'est-à-dire comme une règle absolue. Il s'agit de la norme que l'on trouve dans la théorie de Kelsen, comprise comme un élément qui se détache de l'individu et qui détermine l'application des règles de droit à son égard.

94. On se reportera sur ce point à la théorie de Maine de Biran. L'effort révèle la volonté.

gré le courant, de stabiliser sa position en un point de repère sur la rive, personne ne contestera que cet effort exige un minimum de volonté. Cependant pour l'observateur, son mouvement sera nul.

Il en est de même dans l'évolution des situations juridiques où les réserves obéissent à une volonté, qui, pour n'être ni contraire, ni concordante, n'en demeure pas moins bien arrêtée par rapport aux événements.

En fait, on comprend bien que la réserve, parce qu'elle comporte un certain vouloir, une certaine orientation, est parfaitement distincte de l'indifférence et de la passivité où toute volonté est absente ; elle est encore distincte de l'expectative qui demeure un simple calcul mental sans aucune apparence de vouloir.

156. — Deuxième critère.

Quel est l'effet du Droit recherché ?

On peut douter, à priori, que la volonté qui intervient dans les réserves recherche un véritable effet de droit.

De quoi s'agit-il en effet ? Non de créer des effets de droit nouveaux, mais de maintenir ceux qui existent déjà, c'est-à-dire, par exemple, de conserver le lien entre débiteur et créancier, de prévenir les effets d'un acte juridique ou extra-judiciaire entrepris par autrui, de protéger une option contre les apparences d'une décision, d'éviter le transfert de responsabilité entre voiturier et destinataire, etc...

Par conséquent, les réserves ne produisent pas d'autres effets que ceux qui existaient déjà.

Mais cette question relève d'un faux problème qui n'est pas particulier aux réserves, et qui pourrait se poser à propos de tous les actes conservatoires, en général.

En effet, il ne s'agit pas tant pour une opération juridique de créer un effet de droit nouveau que de parvenir à *un résultat de droit.*

157. — Les réserves tendent vers un résultat de droit.

Si un acte modifie une situation juridique, stagnante, on dira qu'il produit un résultat de droit. Inversement, on doit considérer comme résultat de droit, celui provoqué par un acte qui apporte la stabilité à une situation juridique en cours d'évolution.

Maintien ou modification ne sont que deux aspects relatifs d'un même problème ; et l'on peut dire que le maintien est un effet de droit dans la mesure où il exclut l'effet contraire (la modification).

158. — Troisième critère : l'effet de droit résulte bien des réserves.

Ce résultat de droit est-il dû exclusivement à la déclaration de réserves ?

Il s'agit, ici, du critère objectif de l'acte juridique. Il ne suffit pas que l'auteur veuille un effet de droit (critère subjectif), il faut encore acquérir la certitude que cet effet résulte de l'acte lui-même, s'assurer qu'il ne provient pas d'une cause étrangère, prouver qu'il n'est pas fortuit.

Poser cette question, c'est aborder de plain-pied le problème de l'efficacité des réserves. On mesure l'ampleur du sujet...

Pour restreindre la difficulté, on peut déjà éliminer tous les cas où la loi a prévu des réserves et leur a conféré un certain effet. Sans entrer dans le détail, mentionnons un exemple indubitable : les réserves à la livraison [95] qui, d'après l'article 105 du Code de commerce, maintiennent la responsabiblité sur la personne du transporteur.

Dans les hypothèses aussi nettes (il existe une volonté tendant vers un effet de droit qui ne serait pas produit autrement) les réserves possèdent certainement la qualité d'acte juridique.

159. — Difficulté.

En revanche, pour bien d'autres situations, la réponse n'apparaît pas aussi aisée. Il faudrait, dans chaque cas, obtenir la certitude que les droits, les options en cause, les facultés réservées auraient disparu sans l'intervention des réserves. Il faudrait affirmer que, sans les réserves, la modification était inéluctable.

Or, souvent, les réserves ne sont qu'une des circonstances de la protection des droits ; qu'un élément parmi tous les faits qui ont concouru au maintien d'un état, ou à son rétablissement par voie judiciaire.

Si l'on veut, lorsqu'une situation juridique se modifie, on peut affirmer qu'un effet de droit est intervenu ; au contraire, devant une situation stagnante, il est beaucoup plus difficile de dire qu'elle aurait évolué en l'absence des réserves. Il faut beaucoup de perspicacité pour discerner la cause exacte de cette permanence parmi la multitude de faits qui ont pu se produire conjointement aux réserves. La déclaration de réserve était-elle indispensable ? Après tout, les options, les facultés ne disparaissent pas toujours par non-usage. Les réserves ne constituent-elles pas souvent une *simple mesure de prudence*, utile certes, mais non-indispensable ?

---

95. Ce pourrait tout aussi bien être les articles 1212, 1276... 1906, etc., du Code civil.

Dans ce cas — et il se révèle fréquent — le critère objectif fait défaut ; tout au moins, on ne saurait avec certitude attribuer, à priori, à telle ou telle catégorie de réserve, la qualité d'acte juridique. Il faudrait se plonger dans les cas d'espèce, ce qui n'est pas dans nos intentions.

160. — On peut certes, déplorer l'absence d'un critère universel qui permettrait de départager à coup sûr « les réserves-actes juridiques », et celles qui restent faits juridiques. Cependant ce résultat ne nous surprend pas. Il rejoint celui qu'ont obtenu, avant nous, des auteurs comme M. Durma et M. Martin de la Moutte, dans un domaine voisin.

161. — Cette difficulté n'est pas propre aux réserves.

A tout prendre en effet, les réserves constituent des déclarations de non-volonté ou d'avolonté, et il n'est pas étonnant qu'elles obéissent aux mêmes servitudes que les déclarations de volonté. Pour toutes ces valeurs du vouloir — affirmation, négation, réserve — la diversité d'emploi est infinie, et l'infini ne se laisse pas cloisonner en catégorie.

Monsieur Martin de la Moutte écrit : « A raison de la diversité considérable de ces déclarations, il nous est impossible de les envisager les unes après les autres pour déterminer si elles sont ou ne sont pas des actes juridiques [96] ». A propos des notifications, il dit encore : « Parmi les notifications, certaines seront des actes juridiques, d'autres de simples faits juridiques ; la qualification doit être fait selon les circonstances, et en définitive, elle sera subordonnée à la question de savoir si oui ou non, la notification produit des effets de droit [97] ».

162. — Le résumé de notre pensée sur la nature juridique des réserves tiendra en trois points :

1° Toutes les réserves portent en elle les germes de l'acte juridique puisqu'elles possèdent, d'emblée, deux éléments primordiaux : la déclaration et la recherche d'un effet de Droit.

2° Leur vocation à devenir des actes juridiques se réalise pleinement toutes les fois où leur efficacité est indubitable. Il s'agit en particulier, mais non seulement, des hypothèses prévues par la loi (art. 105 du Code de Comm. 1912 C. Civil, etc.).

3° Il demeure toujours possible de se livrer à une analyse précise de la situation pour connaître dans chaque cas la nature des réserves auxquelles on a affaire. Si leurs effets paraissent

96. *L'acte juridique unilatéral* (Sirey), p. 32.
97. *Idem*, p. 33.

seulement éventuels, aléatoires, ou incertains, on les rangera parmi les faits juridiques.

163. — Indiquons pour conclure que le problème évoqué tout au long de ces paragraphes, ne nous semble pas essentiel. Un des principaux intérêts de la distinction entre acte et fait juridique concerne la capacité que doit posséder leur auteur. Or, pour les réserves dont la fonction est uniquement conservatoire, la capacité est, *ipso facto,* réduite au minimum de ce que l'on peut exiger.

Les réserves ne sont jamais compromettantes et leur usage ne doit donc être déconseillé à personne.

164. — En définitive, le véritable intérêt de cette recherche de la nature des réserves est d'avoir montré que les concepts que nous avons forgés ne sont pas incompatibles avec des notions aussi classiques que celles d'acte ou de fait juridique.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

165. — Dans toute cette première partie, nous nous sommes lancés dans l'élaboration d'un concept sérieux pour ce mot de réserve dont, au départ, nous pressentions qu'il impliquait tant de choses, en les explicitant si peu.

Il a fallu battre le rappel de notions lointaines enfouies, en tout cas détachées de nos préoccupations coutumières, telles, le comportement, l'adaptation, nous-mêmes et le monde extérieur, le commerce des relations sociales.

Un mot a surgi, celui d'attitude dont la teneur et la souplesse l'ont imposé comme la notion spécifique des relations sociales ; et dès lors, nous avons voulu l'introduire dans l'univers juridique où il constituait le meilleur support des réserves.

La solution nous a semblé séduisante, mais pour plus de garantie, nous avons voulu l'éprouver au regard de la logique et démontrer qu'elle était utilisable dans le droit.

Ceci fait, nous avons en notre possession un concept clair et assez neuf qui nous autorise à poser une définition générale de la réserve.

166. — Définition de la réserve en général.

La réserve est une attitude fondamentale issue d'un état de non-volonté actuelle à l'égard des sollicitations extérieures, et qui maintient dans le temps l'éventualité d'une intervention à partir des données présentes.

167. — Définition des réserves juridiques.

Compte tenu de la définition précédente, les réserves du droit, sont des attitudes de l'individu qui, lors de la modification ou de l'évolution éventuelle d'une situation juridique, tendent à prévenir la création ou la disparition inopinée de rapports de droit.

168. — Désormais, il va falloir délaisser la réserve en tant que notion générale, si attrayante par son infinité, son abstrac-

tion, sa complexité. Dans les développements ultérieurs, nous nous pencherons sur l'application des réserves aux différents comportements juridiques de l'homme.

Nous isolerons les difficultés, pour tenter de les appréhender, une à une.

C'est ainsi que l'on distinguera les réserves dans l'inaction, ou réserves pures et simples, et les réserves dans l'action.

Peu à peu, nous quitterons le domaine des spéculations psychologiques pour pénétrer sur le terrain du droit.

DEUXIEME PARTIE

LES RÉSERVES PURES ET SIMPLES OU LES RÉSERVES DANS L'INACTION

CHAPITRE I

SITUATION DE L'HYPOTHESE

Le choix des Réserves en tant que réponse unique à une sollicitation

169. — Distinction entre les réserves de l'action, et celles de l'inaction.

On se demandera probablement pourquoi il y a lieu de distinguer les réserves dans l'inaction et les réserves dans l'action.

Sans doute cette distinction répond d'abord à certains besoins de l'analyse : fractionner une difficulté pour mieux la réduire. Il n'est pas question pour autant de renoncer à l'unité du concept général des réserves ; il s'agit, si l'on préfère, de procéder volontairement par section dans une réalité que notre esprit ne parviendrait pas à embrasser dans son ensemble.

170. — Règles particulières à l'action.

D'autre part, il est certain que cette distinction entre les réserves de l'action et celles de l'inaction se révèle particulièrement heureuse dans le droit. En effet, l'action et l'activité juridique obéissent à des principes très stricts que l'on ne retrouve pas évidemment dans l'inaction [1].

Par conséquent, les réserves, isolées et dégagées de toute autre intervention, seront en quelque sorte pures et simples alors que les réserves dans l'action devront respecter les règles particulières à l'activité juridique.

171. — Que peut-on entendre par réserves dans l'inaction.

La représentation de plusieurs éléments est nécessaire :

---

1. Il est d'ailleurs regrettable qu'aucun essai doctrinal n'existe sur ce sujet ; et il nous faudra nous-mêmes poser les rudiments d'une théorie de l'inaction dans le droit.

— d'abord, une situation juridique bilatérale, dont la nature importe peu : il suffit qu'elle comporte la présence de deux indvidus, sans qu'il soit besoin de rechercher s'ils sont déjà unis par des rapports juridiques, ou si, au contraire, ils sont parfaitement étrangers jusqu'aux circonstances qui nous intéressent ;

— un agent, qui par son activité et son intervention, tend précisément à créer, à modifier, ou à éteindre des liens de droit avec autrui ;

— *enfin*, « *autrui* », c'est-à-dire cet individu qui retient notre attention parce que la sollicitation[2] de l'agent vient l'atteindre et le provoquer, à un moment où il se tenait lui-même à l'écart de toute intervention, de toute action dans la situation envisagée. On imagine volontiers ce dernier, paisible, satisfait de l'état de chose actuel, insouciant jusqu'à l'instant où cette sollicitation le place devant un problème[3].

172. — A ce problème, à cette requête, à cette intrusion venue de l'extérieur, l'individu répond *exclusivement* par des réserves.

Quel est le contenu, quelle est la portée de cette attitude, voilà l'objet de cette seconde partie.

173. — Pourquoi répondre par des réserves ?

On pourrait penser que l'hypothèse envisagée se trouve ainsi suffisamment définie. Il n'en est rien.

Face à une sollicitation extérieure, l'individu a, on le sait, le choix entre plusieurs attitudes (OUI-NON-réserves) et deux formes de comportement (action ou inaction). Or, la réserve à des effets assez peu directs et en tous cas, limités dans le temps. OUI ou NON constituent, en revanche, une réponse décisive et efficace.

Il faut donc nous livrer à une étude comparative des attitudes pour comprendre ce qui amène l'individu à choisir la réserve. En termes plus simples, comment se fait-il que l'individu sollicité dont on suppose naturellement qu'il est toujours à la recherche de la meilleure adaptation possible, porte son choix sur une attitude assez aléatoire et toujours temporaire ? Ne serait-il pas plus avisé en se prononçant par OUI immédiate-

2. La sollicitation doit s'entendre au sens le plus large possible ; aussi bien une démarche en vue d'un accord de volonté que des agissements quelconques, ou encore un fait matériel préjudiciable ; d'une manière générale, tout fait pouvant avoir des incidences sur la situation juridique actuelle.

3. Barrault, *op. cit.*, p. 19, décrit fort bien cette hypothèse : « La Société n'est qu'un réseau de droits, d'obligations, de devoirs, de responsabilités qui se croisent, c'est-à-dire qu'à chaque instant, nous sommes assaillis par une foule de situations qui exigent des réponses. »

ment en suivant son inspiration, quitte à dire NON, si les circonstances ultérieures l'y incitent ?

Assurément, ce serait au point de vue individuel, la solution idéale, celle qui permettrait une adaptation parfaite à tous les événements, en usant au besoin, de la rétractation. Mais elle est impossible, juridiquement impossible [4]. Nous touchons là au fond du problème.

La réserve ne peut se comprendre qu'après examen du régime très particulier des attitudes juridiques. Ce régime résulte de deux principes, dont l'un a trait à la continuité des attitudes, et l'autre, à leur connaissance.

Nous serons ainsi amenés à étudier ce que nous avons appelé :

I. — Le principe de cohérence des comportements juridiques.

II. — Le principe d'interprétation des comportements.

SECTION I. — *Le principe de cohérence.*

174. — Définition.

Ce principe est un des plus impérieux que connaisse le droit. On le retrouve dans la grande majorité des opérations juridiques, à tel point que l'on se dispense généralement de le mentionner [6]. Il pourrait se formuler ainsi : une exigence absolue du droit, en sorte qu'une ligne de conduite étant choisie, il soit impossible d'en changer [6].

175. — Fondement.

On remarquera d'ailleurs que ce principe existe à l'état de règle morale dans la plupart des comportements sociaux.

C'est ainsi que la stabilité, la droiture, la persévérance, la fidélité ont de tout temps été considérés comme des vertus humaines.

---

4. On considère que, mentalement déjà, le changement d'attitude est souvent un signe de faiblesse. Dans la vie publique, ce genre de comportement attire des critiques plus sévères encore. A titre d'exemple : on notera le danger qu'il y a pour un homme politique, à faire volte-face. Dans le droit, la rétractation est presque toujours exclue, à quelques exceptions près (ex. : le retrait successoral, le révocation des donations pour cause d'ingratitude, le désistement — qui ne peut que profiter à autrui —, la révocation des mandataires, etc.

5. Néanmoins, il est parfois clairement exprimé : ainsi, dans les notions d'irrévocabilité (de l'offre du consentement, des donations) dans la règle electa una via, non retro, etc.

6. Sauf évidemment convention contraire ; à ceci près, que la condition potestative suspensive est nulle.

A l'inverse, l'individu inconséquent, désaxé ou rénégat, s'attire généralement la réprobation unanime ; dire enfin d'une personne que ses propos sont contradictoires et sa conduite incohérente, c'est pratiquement affirmer qu'elle est folle. On songe à ce mot : « Il n'y a du sérieux dans la vie que parce que le passé est indestructible [7]. »

Pourquoi en est-il ainsi ? Pourquoi préférer la continuité et la constance à la versatilité et au changement ? On pourrait effectivement se le demander, si la confiance n'était pas à la base de toutes relations humaines.

Avoir confiance en quelqu'un, c'est croire qu'il sera encore ce qu'il est aujourd'hui ; c'est surtout la possibilité d'agir en conséquence. Or, on comprend bien que la confiance n'est qu'un sentiment, qu'elle peut être mal placée, qu'elle peut être déçue...

176. — Sécurité juridique.

Par conséquent, pour agir *en toute sécurité* [8] il faut quelque chose de plus fort, de plus absolu, de plus strict qu'un sentiment.

Ce sont les obligations et les liens de droit qui imposent à autrui la cohérence dans son comportement, cohérence dont on pourrait douter s'il ne s'y attachait des sanctions sévères.

Les obligations, les liens juridiques, les engagements, la procédure, ne sont, le plus souvent, que des moyens d'imposer et de sanctionner la cohérence dans le comportement des gens [9].

A cet égard, le formalisme de l'antiquité, qui nous semble dépassé, parvenait au même résultat que le consensualisme actuel. Seuls les moyens ont changé, la fin demeure identique : imposer aux individus le respect de leur comportement et de leurs attitudes antérieures [10]. Que ce soit la volonté ou la forme qui oblige, peu importe, pourvu que l'on obtienne la sécurité.

177. — La personnalité, base de la cohérence.

On notera encore que la cohérence dans le comportement, la cohésion dans les actes, exigent implicitement recours *à la personnalité*, « cette continuité de l'individu dans le temps [11] ».

La personnalité permet seule, aux êtres d'assurer une certaine unité à leur conduite, unité souvent voulue et recherchée mais parfois aussi subie et soufferte pour mériter le respect sur le plan social. En ce sens, on dit, en termes élogieux, d'une per-

---

7. Raymond Abelio, *La Fosse de Babel*, p. 471 (Gallimard).
8. Nous retrouvons ici la fameuse notion de sécurité juridique.
9. Nous avions déjà exprimé cette idée, n. 13 et s., 1re partie.
10. Attitudes corporelles en vertu des rites primitifs — attitude intellectuelle aujourd'hui, avec ce correctif que le consensualisme a réduit la cohérence à ce qui avait été effectivement voulu.
11. D'après la définition de W. James (*Précis de psychologie*).

sonne qu'elle a de « la personnalité » et du caractère, justement lorsqu'elle traverse des circonstances contraires avec fermeté. Si proches sont ces notions de personnalité, de cohérence, d'individu et de sécurité, que l'on s'est demandé dans quelle mesure la personnalité avait précédé l'apparition du droit, si ce n'était pas plutôt le droit (ou le principe de la cohérence imposée) qui avait, pour finir, éveillé la personnalité individuelle [12].

178. — On ne saurait, sans sortir du cadre de cette étude, rechercher les multiples applications de ce principe. Contentons-nous d'observer que « la cohérence » s'impose dans des domaines très différents : soit, par exemple, dans les obligations conventionnelles — (maintien de l'offre, caractère définitif de l'acceptation, l'exécution forcée, les dommages et intérêts ou exécution par équivalent), — soit dans le régime des successions et des libéralités (ainsi l'option de l'héritier, la continuation de la personne du défunt, l'irrévocabilité des donations), — soit encore dans la procédure (les conclusions lient le plaideur, les preuves, les documents versés au débat ne peuvent être soustraits par la suite, etc.).

179. — Appréciation de la cohérence par les tribunaux.

Comment s'opère la vérification de la cohérence dans les attitudes entre elles, et dans le comportement en général ?

En fait, la sanction de la stabilité ou plutôt de l'instabilité d'un individu dans ses rapports avec autrui est l'œuvre des tribunaux qui recherchent au cours du débat judiciaire si les attitudes de l'individu lors des tractations, sont compatibles avec ses allégations ; et on peut affirmer, presque à coup sûr, qu'un plaideur mis en contradiction avec lui-même, perd son procès sauf en quelques hypothèses très exceptionnelles dues aux vices de volonté [13].

180. — *Sur le plan social,* les avantages du principe de cohérence sont indéniables, non seulement — nous l'avons déjà souligné — en ce qui concerne la stabilité des rapports et la sécurité juridique, mais encore pour des raisons très pratiques : la simplification de la tâche des tribunaux. En effet, pour déterminer un rapport, il faut que les deux termes en soient stables. En imposant aux individus (qui sont les deux termes d'un rap-

12. Théorie de M. Davy (*La Foi jurée*), p. 330.

13. Lorsque la volonté a été viciée, la contradiction apparente qui en résulte entre les attitudes de l'individu (acceptation, action en annulation) est le fait d'une cause extérieure (erreur, vol, violence ou lésion).

port juridique) une certaine constance, le principe facilite considérablement la définition de leurs situations juridiques respectives. Cet aspect de la question n'est pas négligeable car il explique, en partie, la propension des juges à trancher d'une manière abrupte, les attitudes un peu complexes, et en particulier, les réserves.

181. — *Au niveau de l'individu,* en revanche, le principe de cohérence présente des inconvénients indiscutables. Il amène celui qui choisit une attitude à aliéner sa liberté d'action, à s'engager dans une voie sans esprit de retour.

La décision semble alors lourde de conséquence dans la mesure où elle soumet radicalement l'avenir aux aléas d'un jugement actuel.

Sans doute, cet état de chose n'est pas absolument particulier à la vie juridique ; si nous en croyons la psychologie, rien n'est plus normal : « Tout acte sera pour nous, une privation, il lèsera une partie de nos désirs, de nos aspirations. Toute décision volontaire suppose l'abandon de maint et maint possibles : à chaque instant, il nous faut renoncer à toutes, pour en choisir une. La décision volontaire est souvent lourde de regret de toutes les vies possibles qu'elle exclut. Mais cet abandon de toutes les réalités pour une réalité est, à chaque instant, nécessaire. Le monde s'oppose à nous et il faut agir, tenir compte du monde. Trouver une conciliation entre le réel et nous, organiser une action à la fois conforme à nos désirs et aux lois du monde, c'est — nous le savons — la fonction de l'intelligence. En ce sens, le problème posé par la délibération volontaire est une sorte de problème d'expression : puisque la réalité du monde ne permet pas à toutes nos tendances de se satisfaire, il faut choisir l'acte qui exprimera le mieux notre moi, qui traduira de la façon la plus exacte possible, la réalité du moi dans le langage matériel [14]. »

182. — Exigences particulières du droit.

A ce point de vue, le droit est encore plus exigeant que la réalité. L'individu, qui entreprend de résoudre un problème d'adaptation quelconque, peut, certes se tromper et regretter plus tard son erreur. Toutefois et quelles que soient les conséquences de sa maladresse, ce ne sera encore qu'un problème nouveau qu'il pourra tenter de contourner et de restreindre par de nouvelles décisions et par une action inverse. Au contraire, dans le droit, et en vertu de ce principe de cohérence, le choix

14. Ferdinand Alquié, *Leçons de philosophie,* p. 151.

est absolument définitif et ne peut plus être remis en question, sans faute [15], dès que les tiers en ont pris acte.

Transgresser le principe de cohérence, c'est se mettre inévitablement dans son tort ; toute la logique juridique exige pour la « validité » d'une attitude, sa conformité au comportement antérieur et aux normes individuelles qui sont déjà intervenues auparavant pour modifier l'ordonnancement juridique. Le régime qui s'applique à l'attitude est ainsi celui de la NON-CONTRADICTION absolue, où OUI exclut NON définitivement, et vice versa.

Par conséquent, dans le droit, ce n'est pas seulement la réalité qui sanctionnera l'erreur, mais c'est le co-contractant, l'adversaire judiciaire qui exploiteront sans ménagement, qui poursuivront jusque dans ses ultimes conséquences, une attitude maladroite. Au besoin, la force sociale interviendra, sans qu'aucune échappatoire soit possible, pour confirmer ce résultat, fût-il contraire à l'équité [16].

183. — La cohérence est une lourde charge pour les individus.

On peut dire, en définitive, que la sécurité dans les rapports juridiques ne s'obtient qu'au prix de risques individuels considérables : prendre une attitude juridique, c'est se soumettre à une logique abstraite et limitée qui défie parfois la réalité et la morale.

184. — La réserve est une réponse qui ne met pas en jeu la cohérence.

Alors, on comprend aisément la circonspection et les hésitations qui peuvent précéder le choix d'une attitude dont il s'agit, en tout état de cause, de mesurer la portée. On sait, d'autre part, tous les dangers qu'il y a à demeurer passif et tous les regrets qui peuvent entourer une occasion perdue. Puisque autrui nous sollicite et nous presse, puisque nous ne pouvons pas nous désintéresser purement et simplement de notre propre situation, puisque le choix reste cependant difficile, dangereux ou prématuré, *il importe de donner une réponse* à la sollicitation d'autrui, sans pour autant commettre l'irréparable, c'est-à-dire sans émettre une norme qui s'imposerait dorénavant tant aux tiers qu'à nous-mêmes.

La seule attitude possible est alors la RÉSERVE, qui constitue déjà une réponse [17] et *qui échappe au principe de cohérence.*

---

15. Logiquement, la rétractation est possible (cf. précédemment nos 132 et s.). En fait, elle reste toujours possible, *mais hors du droit* ; c'est-à-dire qu'elle constitue une faute juridique implacablement sanctionnée.

16. On connaît la théorie de l'imprévision, et son échec en droit privé.

17. Réponse dont nous étudierons le contenu, *infra*, chapitre II.

La réserve, en effet, ne modifie en rien l'ordonnancement juridique (elle n'est ni OUI, ni NON) et elle ne comporte aucune volonté actuelle envers autrui ; elle laisse donc place à n'importe quel comportement futur ; elle ne préjuge en rien des volontés à venir.

SECTION II. — *Les systèmes d'interprétation ou la connaissance juridiques*[18] *des attitudes.*

185. — Nous avons déjà dit, plus haut, que pour définir un rapport de droit, il fallait en connaître les deux termes, c'est-à-dire les deux individus en cause, ou tout au moins, leurs attitudes respectives. Cette connaissance peut résulter d'une déclaration de l'individu lui-même, exprimée par exemple dans un acte juridique, ou dans une de ces nombreuses notifications que les sujets de droit échangent entre eux.

186. — Nécessité de l'interprétation.

Mais la plupart du temps, les gens se contentent d'accomplir les actes de la vie courante sans prendre la peine de déclarer, à tout instant, ce qu'ils font, en le faisant, forme, qui, évidemment, paralyserait l'activité ou tout au moins, la ralentirait excessivement.

La volonté, les attitudes se déduisent donc très souvent du comportement ; plus exactement, le comportement d'un individu permet d'avoir une connaissance à priori de la volonté ou de l'attitude de cet individu.

C'est ce que nous avons appelé « l'attitude attribuée » à un individu par *interprétation de son comportement*[19].

Si rien ne vient démentir cette connaissance sommaire, elle est considérée comme acquise.

187. — Opinions doctrinales.

Ce système d'interprétation des comportements est universellement connu dans notre droit : il apparaît tout particulièrement dans les notions de volontés tacites et volontés présumées. Sans qu'il soit nécessaire de se livrer à une plus longue étude, citons quelques opinions doctrinales : « Il y aura consentement tacite lorsqu'il sera donné sous forme d'actes, qui n'ont pas pour

---

18. Il en est de « la connaissance juridique » des attitudes comme des vérités judiciaires : elles sont approximatives.

19. C'est d'ailleurs partiellement en fonction du système d'interprétation que nous avons utilisé le terme d'attitude. Cf. 1re partie, n° 32.

but, pour signification exclusive, d'exprimer un consentement, mais qui ne sauraient s'expliquer en son absence [20]. »

— De même : « Le consentement est donné tacitement quand il résulte de faits qui ne sauraient s'expliquer en son absence [21]. »

— Et encore : « On a dans l'idée que la manifestation de volonté implique un mouvement corporel, une action. Mais, en fait, et avec l'appui de la déclaration tacite, il faut comprendre la déclaration de volonté comme une conduite d'ensemble. C'est la conduite qui implique la déclaration et qui, dans celle expresse, l'accompagne, et dans celle tacite, la remplace. On comprend aisément alors comment les abstentions elles-mêmes, le silence, peuvent être des manifestations de volonté, extériorisation d'une intention... Par extériorisation, il ne faut pas comprendre seulement un acte positif, mais une conduite extérieure, capable de représenter une volonté juridique [22]. »

Les exemples auxquels on se réfère le plus souvent pour justifier de telles opinions [23] sont : l'exécution volontaire, l'acte de disposition accompli par l'héritier, les poursuites après jugement, la tacite reconduction, etc. (il est évident que l'on ne parviendrait pas à formuler une énumération complète, tant l'interprétation des comportements est systématique).

188. — La double portée des actes.

Par conséquent, il n'est pas exagéré de dire que les actes, les faits et, en général, l'activité individuelle, ont deux sortes d'effet :

1° les effets directs ou résultats recherchés et voulus par l'agent, ce qui correspond, grosso modo, à la notion de « cause » dans notre droit.

2° les effets indirects, ou conséquences déduites par les tiers de l'accomplissement de l'acte, c'est-à-dire la connaissance « à priori » de l'attitude de l'individu au moment où il a agi.

Ainsi, l'individu diligent doit non seulement porter son attention sur le résultat immédiat de son activité, mais il doit encore se méfier de l'attitude que, ce faisant, les tiers lui attribuent.

On admet bien volontiers que ce système et cette méthode

---

20. Barrault, thèse précitée, p. 45.
21. Baudry, *Obligations*, t. I, n° 43.
22. Durma, *op. cit.*, p. 50.
23. A ces opinions on peut encore ajouter celles de M. Voirin, sous Req. 28 mars 1838 D. 39.1.5 : « L'interprétation consiste à dégager d'une déclaration inachevée équivoque ou ambiguë la volonté vraie du déclarant. »

d'interprétation répondent à une nécessité sociale, et même à une réalité quotidienne, puisque généralement, l'individu se dispense d'énoncer sa volonté avant d'entreprendre une action.

189. — Dangers de l'interprétation.

Cependant, il ne faut pas se dissimuler qu'il en résulte pour l'agent des risques considérables : le danger le plus évident réside dans la possibilité de divergence entre :

1° la volonté réelle de l'individu,

2° la même volonté représentée chez les tiers, ce qui revient à une connaissance, « à priori » seulement, de l'attitude de cet individu.

L'individu, en effet, n'établit pas toujours de subtiles distinctions entre son activité immédiate et la représentation qu'elle engendre dans son entourage.

Dès lors, il risque de voir les tiers se prévaloir d'une attitude qui lui aura été « attribuée » à l'occasion d'un acte quelconque, attitude qui, chez lui, n'était ni consciemment, ni à plus forte raison, volontairement adoptée, et que, par conséquent, il n'aura pas songé à démentir en temps utile.

Certes, les auteurs qui traitent de la manifestation tacite de volonté insistent sur le fait qu'elle ne doit présenter aucune équivoque [24]. C'est là un excellent principe ; mais lorsqu'il s'agit de lever l'équivoque, de dire où commencent et où cessent les manifestations tacites, personne ne s'avise de donner un critère précis. Ce sont, dit-on, des questions de fait qu'il incombe au juge de dépêtrer [25] !

190. — L'interprétation conduit à des qualifications délicates.

Autrement dit, dans chaque cas d'espèce, se pose un pro-

---

24. Cf. par exemple, Laurent, t. XV, par. 482, p. 355 : « Il faut bien entendu, que les faits d'où l'on induit le consentement, ne laissent aucun doute sur la volonté de celui qui consent, car on doit se garder de confondre consentement tacite et consentement présumé. »

25. Barrault, *op. cit.*, p. 50 : « Un abîme — dit-il — sépare l'acceptation tacite de l'acceptation par le silence... Quelle est la frontière ? C'est une question de fait absolue. »

Ainsi posé, le problème paraît simple; cependant, Barrault poursuit un peu plus loin : « De même que le voyageur, aux approches du désert, voit les dernières traces de végétation s'effacer progressivement, ainsi que nous avons vu la manifestation de volonté devenir de plus en plus vague, de plus en plus imprécise. Mais vient l'instant où les dernières touffes de lentisques disparaissent à leur tour ; là, commence la solitude, là, cesse toute extériorisation de la pensée ; là, commence le silence. »

On peut alors se demander s'il y a un abîme ou une frontière. On imagine plutôt une zone marginale remplie d'équivoque.

blème de nuances. Et les nuances, en l'occurence, consistent à savoir si l'on peut réduire un comportement brut, une activité ordinaire, à une notion étroite et abstraite telle que l'offre, l'acceptation, le refus, la contestation, etc., tous concepts dont les effets juridiques sont un sommet de rigueur et de précision [26].

On comprend à quelles erreurs peut conduire cette simplification extrême dans la connaissance des attitudes, cette assimilation brutale d'un comportement matériel à une déclaration expresse de volonté. On conviendra que, en l'absence de tout critère précis, en se fondant sur des apparences incertaines (le comportement), le système d'interprétation comporte des aléas lourds de conséquences.

191. — En fait, il ne s'agit pas tant de critiquer le principe lui-même, que les incertitudes et la légèreté qui préside à son utilisation [27]. Sur ce point, notre opinion rejoint celle de nombreux auteurs et plus particulièrement celle de M. Chabas, que nous citons : « Si certains actes solennels ou compliqués, peuvent faire présumer une volonté juridique, la plupart des faits ou des actes, ne sont que des actes ou de l'action, non pas irréfléchie, mais limitée à la fin, que l'on désire et qui peut être infinie, d'où l'on ne saurait déduire une volonté juridique [28]. »

Et effectivement, l'interprétation des comportements actifs tend trop souvent à dépasser la volonté réelle de l'individu. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce problème à propos des réserves dans l'action (III[e] Partie).

192. — Les risques augmentent quand il s'agit d'interpréter l'inaction.

Mais il y a plus grave. Lorsque l'individu *n'agit pas*, — (c'est l'hypothèse de cette II[e] Partie) — le système d'interprétation revient souvent à lui prêter un vouloir qui n'existe pas. Nous touchons ici à la *méconnaissance des états de NON-VOLONTE*, question si souvent évoquée [29] au cours des développements antérieurs et sur laquelle nous sommes obligés de revenir tant l'abus du principe d'interprétation est responsable de ce défaut de notre droit.

Pour comprendre le processus qui conduit les systèmes d'in-

---

26. Ces concepts ont été élaborés, à l'origine, en fonction des déclarations expresses de volonté.

27. Une série d'arrêts de la Cour de cassation vient, semble-t-il, d'apporter un peu de rigueur aux règles de l'acquiescement tacite. Cf. 17 novembre 1960, Bull. cass. 2.464 ; 22 novembre 1960, Bull. cass. 2.430 ; 14 décembre 1960, Bull. cass. 1.442 ; 10 juin 1960, Bull. cass. 2.253.

28. Chabas, *op. cit.*, p. 49 et s.

29. Cf. n[os] 67, 68 et s., n[os] 77 et s.

terprétation à de telles erreurs, il faut mettre en corrélation les deux éléments subjectifs de la situation : la sollicitation, d'une part, l'état de non-volonté, d'autre part.

193. — La sollicitation crée un climat psychologique.

La sollicitation, qui parvient à un individu, n'emporte jamais, en principe, aucune obligation de répondre. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une « circonstance » qui accompagne désormais notre comportement : après la sollicitation, la moindre réaction de notre part risque *d'être interprétée* comme une réponse volontaire ; si l'on veut, un comportement qui en d'autres circonstances n'aurait prêté à aucune équivoque, peut désormais nous compromettre.

On exprimera cette idée, en disant que la sollicitation crée autour de nous un climat psychologique, presque une psychose : l'attente d'une réponse (OUI ou NON), terrain propice aux interprétations de comportement, terrain dangereux pour l'individu sollicité qui devra veiller à ne provoquer aucune ambiguïté [30].

194. — L'absence de volonté ne s'exprime pas.

L'état de NON-VOLONTÉ, fait interne est dans ce climat psychologique, une proie facile pour les systèmes d'interprétation. L'état de non-volonté, en effet, ne se traduit extérieurement par aucune conduite particulière. Il se situe dans la zone floue des comportements obscurs, tels que le silence, l'inaction, la passivité, zone où précisément, le principe d'interprétation permet encore de se livrer à la recherche des dernières traces de la volonté.

195. — Confusion entre les volontés inexprimées et les volontés inexistantes.

Si l'on admet que la volonté, depuis sa meilleure forme expresse, peut devenir de plus en plus tacite, de moins en moins perceptible, on conviendra que le risque de confusion est grand, dans ces circonstances, entre les cas où l'on croira pouvoir déceler une volonté inexprimée et ceux où l'on se méprendra sur l'inexistence d'une volonté [31].

Il faut parfois croire en son infaillibilité pour se prononcer entre l'inexpression et l'inexistence.

Ce risque s'aggrave encore en présence des faits suivants :

— tout d'abord, l'inaction, le silence, ne sont pratiquement

30. Il y a faute à ne pas démentir une apparence trompeuse, même si elle est fortuite (Req. 14 avril 1894, D. P. 94.1.340).

31. Cf. n° 189, note 2 (à propos de l'opinion de Barrault).

jamais absolus, sauf très rares exceptions [32]. Nous entendons, en l'occurence, inaction et silence dans la mesure où l'individu n'entend pas donner suite à la sollicitation extérieure ; mais il est bien évident qu'il peut être amené à prendre des décisions parallèles ou marginales, ne serait-ce que pour continuer à gérer ses intérêts dans la situation juridique, ce qui ajoute à la confusion ;

— ensuite, on sait que la jurisprudence française a tendance à ignorer systématiquement les états de non-volonté et que, ainsi, elle pousse la recherche de la volonté jusque dans ses derniers retranchements. Pratiquement, le juge s'efforce toujours de rattacher un effet de droit à une volonté, fût-elle lointaine, incertaine, ou présumée, en sorte — comme nous le disons plus haut — qu'il serait prudent pour un aboulique de déclarer son état, et pour un fou, de s'enfermer [33].

196. — Le cas du silence livré à l'interprétation.

Afin d'illustrer ces observations, reprenons, pour quelques instants, le cas du silence en présence d'une sollicitation extérieure.

197. — La théorie.

Le silence ne devrait en principe, donner lieu à aucune interprétation de volonté. En ce sens, Barrault dit qu'il y a un abîme entre le silence et une manifestation de volonté [34]. De même, Perozii : « Le silence dans le droit signifie seulement « non-manifestation de volonté [35] », ou encore Planiol, Ripert et Boulanger : « Poussant jusqu'à ses plus extrêmes limites l'application du principe du consensualisme, on a parfois soutenu que le simple silence peut valoir consentement. Ce serait reconnaître une valeur juridique au proverbe : « Qui ne dit mot, consent... » Le silence est par lui-même dépourvu de toute signification précise [36]. »

---

32. Ce que les Italiens appellent « nudo silenzio » relève de la léthargie ou du coma.

33. A ce sujet, M. Frejaville note dans son *Cours de droit civil*, 1954-1955, p. 126 : « Observons qu'il faut faire très *attention de ne pas confondre vice de la volonté et absence de volonté*... C'est ce qui se passe quand une volonté est émise par un aliéné. Dans ce cas, on devrait admettre que la nullité du contrat est absolue et même que le contrat est inexistant puisqu'il y manque une condition de formation. *Il n'y a pas de volonté du tout... La Jurisprudence ne fait pas cette distinction ;* même en cas d'absence totale du consentement, elle admet la nullité relative. »

34. *Op. cit.* Introduction.

35. « Il silenzo contratti » Rivista di diritto commerciale, 1906.

36. Planiol, Ripert et Boulanger, t. 2.

Par conséquent, la plupart des auteurs s'accordent pour dire qu'en principe, le silence ne traduit rien [37].

198. — La pratique.

Or, en fait, il a fallu un certain temps et quelques controverses pour faire admettre que le silence ne valait pas acceptation [38] en matière contractuelle et encore, lorsque les circonstances ne le livrent pas à une autre interprétation [39] en sorte que le principe n'est pas tout à fait aussi assuré qu'on pourrait le penser. Ainsi, dans une note [40], M. Voirin distingue au moins trois manières de justifier l'acceptation par le silence dans notre droit :

1° Silence vaut parfois acceptation à titre de pénalité civile, lorsque cette attitude a causé un préjudice à autrui [41].

2° Silence vaut encore acceptation à titre de procédé technique pour parvenir à un résultat souhaité.

3° Le silence revient souvent à une acceptation par la nature des choses. Il s'agit en fait, du silence aveu. Et effectivement, hors du domaine conventionnel, on peut se demander si le vieil adage : « Qui ne dit mot, consent » ne trouve pas encore application, particulièrement en procédure et dans le débat judiciaire en général (ainsi les faits non contestés sont tenus pour acquis).

D'autre part, personne ne nie que le silence équivaut fréquemment à un refus [42]. C'est particulièrement vrai lorsque le

---

37. On peut encore ajouter aux références ci-dessus : note de M. Voirin précitée, D. 1939.1.5. Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. 2, n° 26, etc.

En ce sens contraire, on trouvera cependant, Demogue, *Traité des Obligations*, t. I, p. 300 : « Il s'agit de savoir si l'inactivité d'une personne par rapport à une situation juridique vaut manifestation de volonté, si devant cette inactivité, qui peut dissimuler une volonté, il n'y a pas lieu de présumer celle-ci et surtout de la présumer dans un certain sens. Il y a là un aspect spécial de ce que j'ai appelé ailleurs « *l'avolonté* ».

Plus loin, l'auteur conclut, en disant que le silence vaut soit acceptation, soit refus (p. 304 et 305) : « Théoriquement nous ne voyons aucun obstacle à ce que l'on tienne compte de la volonté non-manifestée. »

Il est curieux de noter que cet auteur, un des rares à avoir évoqué l'état de non-volonté (dans son vocabulaire, l'avolonté) ramène, en définitive, le silence à l'acceptation ou au refus. Il y a là, à notre avis, une contradiction inexplicable.

38. Cass. 25 mai 1870, S. 1870.1.341 et D. 70.1.257.

39. Cass. 11 janvier 1886, Gaz. Pal. 86.1.305 ; cass. 27 janvier 1909, D. 1909.1.175.

40. Cass. 29 mars 1938, D. 39.1.5 et la note de M. Voirin.

41. Il s'agit très exactement des opinions que nous avions émises à propos des états de non-volonté dans la seconde partie de cette thèse, nos 99, 100 et s.

42. Note de M. Voirin, précitée, et Barrault, *op. cit.* (introduction).

silence est gardé après mise en demeure ou sommation [43], circonstances où ce refus présumé risque d'avoir de graves conséquences et de nous mener directement à la contestation et au litige.

Or, que représente le refus, si ce n'est encore une manifestation de volonté ?

Nous voyons donc que si l'accord règne, dans les principes, sur la valeur théorique du silence, qui ne signifierait rien, au contraire, au niveau des faits, toutes les interprétations sont possibles. Il n'y a pas autrement qu'en théorie, d'abîme entre silence et manifestations de volonté, ou alors cet abîme est si mal délimité que l'on risque, à tout moment, d'y tomber.

199. — Le silence est dangereux, en droit.

Peu nous importe, en définitive, la véritable valeur que devrait, dans l'idéal, posséder le silence ; nous ne prétendons pas au demeurant qu'il soit systématiquement dénaturé par les tribunaux ; il nous suffit, pour cette étude, de constater qu'il ne met pas l'individu qui s'y cantonne, à l'abri des interprétations, et que l'état de non-volonté est dangereux dans la mesure où précisément « il s'exprime » par le silence ou l'inaction.

Au terme de ce paragraphe, nous ne saurions mieux exposer notre pensée, qu'en disant : « qu'il est donc difficile dans notre droit, de ne rien vouloir sans être incompris, méconnu, mal interprété, et traduit en... Justice ! »

200. — La réserve n'est pas susceptible d'interprétation.

Cependant, une solution existe, une attitude demeure au-dessus de tout soupçon, à l'écart de toute équivoque : il s'agit — on l'aura compris — de la réserve pure et simple, *qui n'est susceptible d'aucune interprétation*. Ce fait, si rare, mérite d'être souligné. Comment, en effet, interpréter des réserves si ce n'est comme une réserve, c'est-à-dire, comme une absence formelle de volonté envers autrui, information claire, indubitable et dont il serait vain de chercher les prolongements puisqu'elle se suffit à elle-même. Comment les tiers sauraient-ils ce que nous voulons, quand nous déclarons ne pas le savoir nous-mêmes !

Nous étudierons en détail, dans la section suivante, le précieux contenu de cette réponse. Sachons déjà qu'elle nous permet, en présence d'une sollicitation, d'échapper au harcèlement des systèmes d'interprétation, au prix — il est vrai — d'un effort : il faut, dans le droit moderne, une déclaration expresse de réserve pour établir l'absence de volonté.

---

43. Refus que l'on pourrait rapprocher de « la décision implicite de rejet du droit administratif ».

201. — Combinaison du principe de cohérence et des systèmes d'interprétation.

Pour en terminer avec les principes de cohérence et d'interprétation, observons que leurs effets se complètent mutuellement. C'est la raison pour laquelle nous les avons étudiés successivement.

A l'extrême, en effet, l'individu serait tenu de respecter non pas tant sa propre volonté (cohérence) que la représentation de sa volonté que ses actes ont engendrée chez ses semblables (interprétation et cohérence).

A ce stade, traqué par ces principes, l'individu ne s'appartiendrait plus beaucoup ; ses relations, ses rapports juridiques seraient le plus souvent déterminés par son milieu.

Le droit s'efforce d'introduire la logique dans les rapports humains, pour des raisons que nous avons examinées plus haut ; en même temps, il se contente d'une connaissance approximative des attitudes. Il n'est pas douteux que le rigoureux principe de non-contradiction appliqué à des attitudes sommairement connues et incertaines, en elles-mêmes, peut donner lieu à des résultats très critiquables. De nombreux auteurs ont d'ailleurs trouvé, au cours de leurs recherches, l'occasion de dénoncer l'un ou l'autre des aspects de cette question [45].

Sans doute, il ne faudrait pas exagérer l'importance du rôle de ces techniques qui, en droit français, restent d'ailleurs, la plupart du temps, informulées. Nous nous sommes efforcés, dans cet exposé, de les mettre en relief, de les faire apparaître sous un jour peu favorable.

En définitive, retenons surtout que ces techniques sont utilisées avec des abus certains, ce qui nous permettra de mieux plaider l'utilité et — pourquoi pas ? — la nécessité des réserves, ces réactions individuelles à une emprise excessive du monde extérieur.

---

45. Cf. par exemple, en ce qui concerne :

— les insuffisances de la logique juridique, *Méthode d'interprétation*, Doyen Geny.

— le danger des notions abstraites et trop étroites, *Sciences et techniques juridiques*, Gény.

— les volontés tacites et présumées, Gounot et Chabas (thèses précitées).

CHAPITRE II

ETUDE DES RESERVES PURES ET SIMPLES EN JURISPRUDENCE ET DANS LA PRATIQUE

202. — Dans le chapitre précédent, nous avons posé le problème des réserves dans l'inaction, et nous nous sommes du même coup attaché à définir le régime propre de cette attitude en fonction des grands principes juridiques. Nous savons désormais que les réserves pures et simples constituent une réponse particulière que nous pouvons donner aux diverses sollicitations, interventions, activités d'autrui.

203. — Question préliminaire : les réserves pures et simples sont-elles employées en pratique ?

Avant d'étudier le *contenu* de cette réponse, c'est-à-dire non seulement les intentions dont elle est chargée, mais encore la représentation qu'elle doit engendrer chez autrui, il faut résoudre une question préliminaire : existe-t-il dans le droit positif des situations où l'individu se contente réellement d'émettre des réserves, sans rien faire d'autre ? Les réserves peuvent-elles constituer une réponse juridique autonome ?

La question se pose, en effet, car très souvent l'on pense que le terme de RÉSERVES implique une idée de restriction, apporte une limite à quelque chose [46]. Si dès lors, l'individu se contente d'émettre des réserves pures et simples à l'exclusion de toute autre intervention, à quoi pourrait bien s'appliquer cette restriction ?

---

46. Cf. par exemple *Adages et Maximes* de Capitant : « Réserves : énonciation dans un acte juridique par une personne qui y participe pour écarter les conséquences qui pourraient être déduites de sa participation à l'acte ». Cette définition n'envisage qu'un aspect des réserves : celui où il y a participation à l'acte, et que nous étudierons dans la III[e] Partie.

En fait, la question ainsi posée paraît résulter principalement des termes du vocabulaire usuel. Il faut distinguer, en effet, les cas où *l'on se réserve de faire quelque chose* tout en faisant autre chose, et ceux où *l'on fait exclusivement des réserves*. Dans le premier cas, l'expression sous-entend bien que l'on apporte une limite à son comportement, à son action, à sa volonté ; dans le second, on fait des réserves avant toute chose, on ne fait que des réserves afin d'exprimer un état de NON-VOLONTÉ.

D'ailleurs, nous avons déjà eu l'occasion de poser et de résoudre cet artifice de mots, puisque tous nos efforts précédents ont consisté à démontrer que la réserve — (et donc les réserves qui en procèdent) — est une attitude fondamentale, première, autonome, particulière, etc.

204. — Examen de quelques situations pratiques.

Il reste néanmoins à établir que cette attitude, ces réserves indépendantes de toute autre volonté sont effectivement utilisées dans la vie juridique courante. Nous procéderons donc à l'analyse de quelques exemples et de quelques cas de jurisprudence pour savoir comment les réserves simples sont utilisées et comment elles sont accueillies en pratique. Cette analyse éclairera nos développements ultérieurs.

205. — 1re *exemple* : On peut, en premier lieu, évoquer tous les cas où une *offre* parvient à un individu qui ne sait pas immédiatement quel parti prendre, et qui, en attendant, déclare qu'il se réserve (jusqu'à plus ample informé, par exemple).

Il n'est donc pas ici question d'acceptation ou de refus sous réserves, mais seulement de réserves simples.

Le bénéfice de cette attitude se manifeste en deux points :

— par elle-même, elle accuse réception de cette offre ;

— elle contraint l'offrant à maintenir ses propositions jusqu'à expiration des délais en usage.

Le second point, d'ailleurs ne relève pas exclusivement des réserves, puisqu'il est admis en jurisprudence que le retrait de l'offre peut, en lui-même, engager la responsabilité dès qu'il cause un préjudice au destinataire[47].

Mais la réserve ajoute indéniablement à ces circonstances : à l'inverse du silence, elle ne permet pas de présumer le refus ; au contraire, elle indique que l'intérêt du destinataire est éveillé, et du même coup, elle prouverait, à coup sûr, la mauvaise foi de l'offrant qui retirerait impestivement son offre.

L'utilisation des réserves lors de la réception d'une offre est bien connue en pratique ; il en résulte parfois la création de

47. Sur cette question, voir l'étude très détaillée de Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, précité, p. 289 à 295.

véritables situations juridiques particulières, telle l'option réservée à un acheteur hésitant [46], telle encore les pourparlers où chacun étudie ses possibilités de conclure un accord [49] définitif.

On notera que, dans ces circonstances, les réserves apparues seules, « à titre principal », pourrait-on dire, régissent entièrement les rapports des individus en cause jusqu'au moment où un acte définitif intervient (acceptation ou refus).

206. — 2e *exemple* : Les réserves sont encore utilisées, en tant qu'attitude première par l'individu qui ne peut de bonne foi, ou sans faute, échapper à l'intervention d'autrui. Il en est ainsi lorsque nous sommes l'objet d'une sommation ou d'une mise en demeure.

A ce propos, nous examinerons un arrêt fort intéressant de la Cour de cassation [50] Voici l'espèce : un notaire judiciairement chargé de procéder aux comptes et à la liquidation d'une succession, voulait présenter le résultat de ses opérations aux héritiers. Il les somme donc d'en prendre communication. Ceux-ci s'exécutent, mais entendent contester ultérieurement la gestion, il y insèrent LES PLUS EXPRESSES RÉSERVES. Le désaccord des héritiers mena, par la suite, l'affaire en justice, et même jusqu'à la Cour de cassation, qui a eu ainsi l'occasion de se prononcer en faveur de ces réserves.

« Attendu que si la loi frappe de nullité l'acte dans lequel un notaire qui l'a reçu avait un intérêt personnel, *la même peine de nullité est inapplicable* au cas, où, comme dans l'espèce, le notaire judiciairement commis pour procéder aux comptes, liquidation et partage d'une succession, présente en même temps dans le procès-verbal de ses opérations le compte de gestion qu'il en a eu comme gérant et comme administrateur judiciaire, *alors que les parties intéressées, sommées de prendre communication de son travail,* y ont fait insérer les *PROTESTATIONS ET LES RESERVES LES PLUS EXPRESSES,* pour en contredire ultérieurement le résultat ; »

« *Que tous droits d'approbation ou de contestation* leur demeurant ainsi réservés sans que l'acte liquidatif contienne, à l'égard du notaire rédacteur, *aucune fixation* de reliquat, ni quittance ou décharge, la présentation unilatérale du compte a seulement pour effet d'établir et de préparer les éléments de la liquidation... »

---

48. C'est une pratique commerciale courante que l'on analyse généralement comme une promesse unilatérale de vente.

49. Les pourparlers sont une situation particulière en ce que toute légèreté en cas de rupture ou de conclusions hâtives constitue immédiatement une faute. De plus, les frais sont à la charge des deux parties.

50. Cass. civ. 6 août 1873, D. 73.1.402.

On notera que, en cette circonstance, la Cour de cassation a parfaitement appréhendé le sens des réserves opposées à une initiative unilatérale ; elle leur reconnaît le rôle d'une attitude fondamentale excluant le consentement à l'époque des faits, et permettant — note-t-elle, bien que cette considération ne soit plus alors de première utilité — toute *approbation* ou toute *contestation ultérieure.*

207. — Les réserves opposées à la contrainte.

A la réflexion, on peut se demander s'il ne convient pas, ici, de faire état d'autre hypothèses qui sont assez différentes formellement de celles que nous venons d'analyser, mais qui se situent néanmoins dans la même ligne de raisonnement : en partant de la sommation, qui constitue déjà une intervention TRÈS IMPÉRATIVE d'autrui, on parvient aisément à des situations où nous sommes contraints de SUBIR l'initiative d'un tiers, sans pouvoir nous y opposer efficacement sur le moment. Il nous arrive alors de formuler des RÉSERVES à la seule fin d'affirmer notre état de NON-VOLONTÉ, en dépit du comportement auquel nous réduit un agent extérieur [51].

208. — Ne doit-on pas considérer que les réserves émises dans ces conditions reflètent notre état de volonté réel, *notre véritable attitude, notre attitude première et fondamentale,* en un mot, la seule qui importe à l'exclusion de tout ce qui pourrait résulter des actes accomplis sous la dépendance d'autrui.

Qu'on ne se méprenne pas sur nos intentions ! *Il ne s'agit nullement de traiter, ici, de la violence* [52] ou des vices de la volonté, mais tout simplement d'assimiler *les réserves* accompagnant une action FORCÉE aux *réserves* dans l'INACTION VOLONTAIRE.

Dans les deux cas, en effet, les réserves traduisent notre état de volonté réel, le seul qui nous habite.

---

51. Même en ce cas, la réserve ne doit pas être considérée comme une volonté contraire, mais seulement comme la possibilité de faire intervenir ultérieurement, une volonté contraire, qu'il nous sera loisible de mettre, ou non, en action.

52. L'hypothèse de la violence illégitime ne doit pas, cependant, être radicalement exclue. Si nous devions l'aborder, elle aurait également sa place ici. La théorie des *Protestations* a beaucoup préoccupé l'ancien droit dans la mesure où il fallait prévenir et pouvoir contester ultérieurement les effets de la violence. Ce problème se pose rarement aujourd'hui. Dans ce sens, Guyot, répertoire de jurisprudence « Protestations » : « C'est une déclaration que l'on fait par quelque acte contre la fraude, l'oppression ou la violence de quelqu'un, par laquelle déclaration on proteste que ce qui a été fait ne saurait nuire, ni préjudicier à celui qui proteste, lequel se réserve de se pourvoir, etc. ».

209. — Les droits potestatifs.

Nous sommes ici, en fait, en pleine théorie des droits potestatifs. Le titulaire de ces droits possède — on le sait [53] — la faculté de mettre autrui dans un état de sujétion, c'est-à-dire dans l' « inefficacité de vouloir ». Si vraiment notre volonté ne peut plus rien, on conviendra que le seul parti à prendre pour éviter toute ambiguité consiste à se réserver purement et simplement. On notera d'autre part, que la règle « Protestation contra factum non valet [54] » n'a que faire en ce domaine puisque les faits, les actes accomplis ne procèdent, en l'occurence, d'aucun vouloir personnel, mais de la volonté contraignante d'autrui.

210. — Pour illustrer ces observations, nous allons passer à l'examen de réserves intervenant dans des situations de ce type.

211. — A. Le cas du mur mitoyen. On sait que le propriétaire joignant un mur, a la faculté, aux termes de l'article 661, du Code civil, de le rendre mitoyen en remboursant au maître de ce mur la moitié de sa valeur et la moitié de la valeur du sol sur lequel il est bâti : voilà ce qui nous semble être un droit potestatif : le propriétaire joignant peut imposer la cession du mur. Dès lors, il ne s'agit plus d'une vente comprenant un prix et l'échange mutuel de consentement, mais d'un acte, où moyennant le versement d'une indemnité, le refus du cédant est inefficace.

Par conséquent, peu importe, en principe, l'attitude du propriétaire (acceptation ou refus) puisqu'en définitive, la cession aura lieu de gré ou de force. Si cependant, le cédant est amené à formuler les RÉSERVES, on doit les considérer, en elles-mêmes, pour elles-mêmes et non comme une restriction à l'acte de cession qui se dispense de tout consentement. Dès lors, le cessionnaire n'est pas fondé à en refuser l'insertion dans l'écrit constatant l'opération.

Une espèce assez ancienne [55] mais très claire nous en donne un exemple frappant : le duc de Narbonne offrait à son voisin de lui rembourser la moitié d'un mur afin d'en acquérir la mitoyenneté. Ce voisin ne contesta pas le prix demandé, mais entendit insérer dans cette offre des réserves au sujet des servi-

---

53. Cf. précédemment, n° 16.

54. « Les protestations » (ou les réserves) ne valent pas contre le fait. Nous étudierons en détail cette règle dans la III[e] partie. Indiquons, toutefois, qu'il s'agit simplement de l'application du principe général de cohérence au cas particulier des réserves dans l'action.

55. Cass. req. 15 juillet 1875, S. 75.1.407 et D. 76.1.151.

tudes de ce mur. Le duc de Narbonne refusa ces réserves et entreprit d'en obtenir l'invalidation en justice.

Jugement du tribunal de Compiègne : « Attendu que c'est à tort que le duc de Narbonne s'est refusé à l'insertion de toutes espèces de réserves, qu'elle qu'en fût la formule, et qu'en soumettant la réalisation de ses offres à la proscription absolue de la réserve réclamée par F., il a, en excédant ses droits, imposé une condition exorbitante...

« Que le duc de Narbonne était d'autant moins fondé à exclure absolument de la cession la réserve des prétentions de F. que, sans les reconnaître, il ne les contestait pas au fond, et qu'à supposer qu'il en put résulter une compromission quelconque, il lui était facile d'y obvier, en faisant de son côté toutes réserves contraires. »

La cour d'Amiens confirme.

La Cour de cassation aussi : « Attendu que... (F) avait intérêt à assurer la conservation du droit qu'il revendiquait et à empêcher qu'on lui imputât plus tard d'avoir renoncé à ce droit par une vente pure et simple ; et... qu'en ordonnant que l'acte de vente au cas où il serait réalisé ferait mention expresse des réserves de F... ainsi que des réserves contraires que le duc de Narbonne pourrait y opposer, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des articles susvisés... »

Ces décisions montrent — en dépit de « l'acte de vente » dont parle la Cour de cassation — que le consentement du cédant a peu d'intérêt quant au fond de l'affaire [56] et que le seul objet du débat se tient dans *les réserves*, c'est-à-dire, dans cette attitude qui jouait ici le rôle premier, et dont l'opportunité a été reconnue. En d'autres termes, il ne s'agissait pas du problème des réserves dans l'acceptation, acceptation sans importance en l'espèce, mais des réserves à « titre principal » opposées à un droit potestatif.

Accessoirement, on peut souligner le fait du tribunal de Compiègne qui décrit parfaitement les réserves comme un état de non-volonté (ni approbation, ni contestation) et, la fonction conservatoire que la Cour de cassation reconnaît aux réserves.

212. — B. Une autre espèce très récente, celle-ci fait application de la même idée : les réserves prévalent sur un comportement contraire lorsque celui-ci n'est pas spontané, mais résulte d'un état de sujétion.

---

56. On reconnaît traditionnellement que l'acceptation doit être pure et simple dans une vente libre. L'acceptation assortie de réserves non acceptées ne forme pas la vente ; elle fait figure de contre-proposition, c'est-à-dire d'offres nouvelles. Tel n'est pas le cas, ici.

Affaire Talleyrand Perigord [57].

Une contestation portant sur le droit au nom opposait deux familles. L'affaire, venue en appel, l'intimé produisit des lettres dont les destinataires appartenaient précisément à la famille de l'appelant. Ce dernier déposa immédiatement une plainte, avec constitution de partie civile, contre son adversaire pour détention délictueuse de correspondance et signifia des conclusions tendant à obtenir de la Cour d'Appel un sursis à statuer d'après le principe « le criminel tient le civil en l'état ».

La Cour d'appel rejeta ces conclusions incidentes et ordonna la continuation des débats sans délais. A l'audience, l'intimé demanda qu'il lui soit *donné acte* qu'il ne cédait que contraint et forcé à la poursuite des débats.

La Cour refusa de donner acte et les débats reprirent effectivement... Sur pourvoi, l'affaire vint en cassation. La partie, qui avait produit les lettres, opposait diverses fins de non-recevoir, dont une tirée de ce que son adversaire avait acquiescé à la décision d'appel sur cet incident, puisqu'il avait participé aux débats après que la Cour ait refusé de lui *donner acte de ses protestations*.

Nous sommes ici en présence de réserves formulées à l'encontre d'un droit potestatif : celui de poursuivre les débats en fonction du pouvoir discrétionnaire des magistrats, et en passant outre à l'incident soulevé par l'adversaire.

Qu'allait-il advenir de ces réserves ? On pouvait douter de leur efficacité en vertu de la règle « Protestatio non valet contre factum » [58]. La participation au débat, après avoir essuyé un refus de donner acte, n'emportait-elle pas effectivement asquiescement à la décision des juges et à la volonté de l'intimé ?

La Cour de cassation, fort heureusement, n'a pas admis ce point de vue : « Attendu que H. oppose à ce pourvoi trois fins de non-recevoir, la première (sans intérêt ici)... *la seconde* de ce que l'appelant aurait acquiescé à cet arrêt...

« Mais attendu... en second lieu, que la circonstance que la Cour d'appel n'a pas donné acte à l'appelant de ce qu'il ne cédait que *contraint et forcé* à la poursuite des débats, *n'a pas détruit la portée des réserves de celui-ci en ce qu'elles excluaient toute intention non équivoque d'acquiescer* ».

Nous croyons voir ici une sérieuse confirmation de nos opinions : la Cour Suprême semble bien considérer que l'attitude principale de l'individu se manifestait dans ses RÉSEVES, et non

57. Cassation, Sect. civ. 10 juin 1960, Bull. cass. 1960. II, p. 253.
58. Cf. *infra*, nos 310 et s.

dans sa participation ultérieure aux débats dès lors que ceux-ci étaient *imposés*.

Nous nous estimons, dès lors, fondé à assimiler les RÉSERVES dans l'inaction volontaire, et les RÉSERVES dans l'ACTION FORCÉE, en ce que chacune d'elles exprime l'attitude première de l'individu, celle qui doit être prise en considération avant toute chose.

213. — Situation identique résultant de l'art. 524 du Code de Commerce.

C. — Un argument supplémentaire tiré de l'article 524 du Code de commerce plaide en faveur de cette assimilation.

On sait que cet article dispose : « Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les co-obligés de leur débiteur. » La réserve des actions et des poursuites est donc de droit lorsqu'il est intervenu un concordat.

Cette disposition contraste singulièrement avec l'article 1287 du Code civil : « La *remise* ou *décharge* conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions . »

On ne peut expliquer cette divergence, et pour ainsi dire, cette contradiction entre les deux articles que par l'observation suivante :

Dans le premier cas (article 524 du Code de commerce) la remise de dette est *imposée* au créancier par le concordat : la majorité qui se dégage dans le vote du concordat contraint les créanciers de la minorité à renoncer à une partie de leur créance. Dans ces conditions, le législateur a pensé qu'il était particulièrement injuste de faire supporter aux créanciers minoritaires le poids d'une volonté qu'ils n'avaient pas eue, et contre laquelle ils s'étaient même élevés. En outre, pour ne pas établir de distinction entre ceux qui avaient voté la remise concordataire et qui s'y étaient opposés, la loi conserve à tous la faculté de poursuivre les cautions.

Au contraire, lorsque la remise de dette est réputée conventionnelle, c'est-à-dire lorsqu'elle ne résulte pas d'un concordat au sens strict, la jurisprudence semble refuser [59] la possibilité de RÉSERVER des poursuites contre la caution. Les juges considèrent que l'attitude prise lors de la convention de remise de dette rend inefficaces (en vertu de l'article 1287 précité) ou contradictoires (en vertu du principe de cohérence) les réserves à l'égard de la caution dont l'intervention demeure — on le sait — accessoire. Cette question reste d'ailleurs très controversée, et

59. Nous approfondirons cette question, cf. *infra*, nos 375 et s.

la position de jurisprudence n'est ni très nette, ni exempte de critiques.

Qu'il nous suffise, pour l'instant, de noter cette différence entre la remise imposée, qui réserve de droit l'attitude du créancier à l'égard de la caution, et la remise conventionnelle qui exclut les réserves expresses. Nous croyons y déceler l'argument suivant : l'action forcée ne préjuge nullement de notre attitude réelle qui peut alors s'exprimer librement et pleinement dans les réserves.

214. — Avant de fermer la parenthèse sur ces situations assez exceptionnelles nous voudrions que l'on nous comprenne bien : nous ne pensons absolument pas commettre une dérogation à notre plan d'exposé en étudiant conjointement les réserves dans l'ACTION FORCÉE et les réserves PURES ET SIMPLES, alors que le problème des réserves dans l'ACTION VOLONTAIRE sera traité à part, dans la troisième partie de cette thèse.

En effet, l'action et le comportement cessent de constituer des attitudes valables et perdent toute signification dès l'instant où ils ne sont plus libres [60].

Un exemple très simple, fera apparaître cette idée : faut-il admettre que le condamné sur l'échafaud est consentant puisque, malgré ses cris et ses protestations, il se trouve dans l'attitude adéquate pour avoir la tête tranchée ? Ou bien doit-on tenir seulement compte de ses protestations ? Elles seules importent, elles seules possèdent un sens, le reste n'est qu'apparence et n'entre pas en considération. Tel est notre point de vue ; nous ne tenons pas compte de l'action à laquelle se trouve réduit le protestataire.

215. — Pour ne pas exagérer la longueur de ces recherches en droit positif dont l'intérêt finit par s'épuiser, revenons à une espèce plus classique [61] dont les rebondissements judiciaires ont donné lieu à des décisions particulièrement claires.

L'affaire qui nous intéresse tient principalement à la définition de l'attitude judiciaire et à la portée des réserves en cette matière. On trouve à l'origine des débats une procédure à fin de purge de l'hypothèque légale d'une femme mariée. Cette per-

60. On pourrait toujours, en réalité, agir autrement. La sagesse nous apprend que dans la vie, il y a, en n'importe quelle circonstance, au moins deux possibilités. Mais la seconde possibilité n'est pas toujours juridique. Dans l'affaire Talleyrand-Perigord, elle aurait consisté à ne pas participer du tout au débat avec toutes les conséquences que cette abstention comportait. La seconde possibilité se teinte alors d'héroïsme ou de folie. Ce serait celle de Don Quichotte.

61. Pau, 5 janvier 1898, D. 1899.2.225.

sonne, la dame S... avait entrepris une action contestant les notifications opérées par l'adversaire. Ultérieurement, elle entendit attaquer en nullité la purge elle-même. L'adversaire opposa alors une fin de non-recevoir tirée de ce que la dame S. s'était contentée dans son action précédente de contester les notifications sans viser la purge elle-même : que ce faisant, elle avait formellement accepté le dépôt de l'adjudication et renoncé, du même coup, à l'attaquer.

Mais il est à noter que la demanderesse ayant, au cours de sa toute première procédure, découvert des causes de nullité contre la purge elle-même, avait pris la précaution de signfier aussitôt, et à deux reprises, des RÉSERVES fort précises.

La Cour de cassation eut incidemment à connaître de la question et son avis eut, sans aucun doute, une influence importante sur les décisions du Tribunal de Lourdes, puis de la Cour de Pau qui accordèrent à la demanderesse le bénéfice de ses réserves.

Tribunal de Lourdes : « ... Que cette intention de la dame S. résulte manifestement des termes de l'acte extra-judiciaire qu'elle a fait signifier à la société le 23 février 1894... Que par ce mot, notamment, la dame S. indiquait clairement que, dans sa pensée, *elle se réservait* de faire valoir tous les autres moyens de fait et de droit dont *elle pouvait disposer* pour attaquer la nullité de la purge. Que c'est ainsi encore que ces mêmes moyens ont été produits par elle, *quoique tardivement*, devant le Tribunal de céans. »

Cour de Pau : « Que l'on peut remarquer que les réserves sont d'accord avec l'avis qu'exprimait le Conseiller Rapporteur de l'arrêt de la Cour de cassation qui avait, en quelque sorte, pris soin de rassurer la dame S. sur la possibilité de *présenter plus tard*, et plus régulièrement, sa demande en justice, puisqu'on lit dans son rapport : si cette demande était soumise par action principale au tribunal, la dame S. n'aurait pas à craindre qu'on lui opposât l'autorité de la chose jugée : « ... attendu que la solution du procès consiste donc, en réalité à chercher si, en l'absence de toute ratification expresse, ce qui est reconnu, une renonciation tacite a eu lieu... Attendu à cet égard que c'est à bon droit que les premiers juges ont proclamé que cette renonciation tacite, loin de résulter des faits et pièces de la procédure, n'avait jamais été dans la pensée de la dame S.

« Que si, en effet, on se livre à un examen minutieux de la procédure, on acquiert la ferme conviction que, depuis la sommation extra-judiciaire du 9 février 1894, jusqu'au dernier acte, tous ses agissements ont tendu *à protester* contre une procédure, etc. »

L'auteur de la note accompagnant l'arrêt, M. César Bru,

émet l'opinion [62] que ces réserves étaient, certes, *décisives*, mais surabondantes, la renonciation tacite ne pouvant se déduire des actes de la demanderesse (assignation sur un autre motif, surenchère, etc.)

Qu'il nous soit permis d'en douter, le tribunal note — et ceci rejoint nos observations sur l'inefficacité des volontés tardives — que ces moyens sont ainsi, grâce à ces réserves, *régulièrement* produits quoique *tardivement*.

D'autre part, l'avis du rapporteur de la Cour de cassation et la Cour de renvoi se fondent principalement sur les réserves qui avaient été faites en temps utile.

Ce dernier exemple a le mérite de mettre en évidence le rôle primordial des réserves dans la conservation d'un droit et des actions afférentes, lorsqu'il n'en est pas fait une utilisation immédiate.

Il est fort probable dans l'espèce que si la demanderesse n'avait pas pris cette attitude, avec de surcroît un certain luxe de forme (deux exploits d'huissier), elle n'aurait jamais pu attendre la fin de sa première procédure pour en reprendre utilement une autre.

216. — Ainsi sont rédigées nos lois (en l'occurence l'article 1338) et tel est l'esprit de nos juges que les états de non-volonté temporaires exigent des déclarations expresses pour être pris en considération et ne pas passer au crible des confirmations et ratifications tacites.

On peut d'ailleurs rapprocher cet exemple de tous ceux que nous avons cités à d'autres propos, et dans lesquels on tirait, à contrario, argument du défaut de réserves et de protestations pour faire échec à l'action du demandeur attardé.

217. — Cette étude du droit positif constituait une étape dans notre démonstration : elle a fait apparaître l'utilisation réelle des réserves simples, et l'accueil qu'elles reçoivent devant les tribunaux. Elle servira de référence pour les développements suivants.

---

62. *Id. loc.*, p. 226.

CHAPITRE III

ANALYSE DE LA RESERVE EN TANT QUE REPONSE A UNE SOLLICITATION

218. — Après avoir examiné le régime des réserves au regard des principes qui gouvernent l'action et les attitudes d'action, nous avons porté notre attention sur leur utilisation, dans la pratique et la jurisprudence.

Nous allons maintenant reconnaître les multiples aspects de cette « réponse » opposée à la sollicitation d'autrui.

Nous rechercherons donc, non seulement ce que l'individu déclare explicitement dans ses réserves, mais aussi les données médiates (ou extrinsèques, le cadre, les circonstances, les intentions que l'on peut inférer de cette déclaration.

Section I. — *Les données médiates des réserves. L'intention, l'expression, le temps des réserves.*

219. — L'intention.

Il est certain, en effet, que les réserves — ou plutôt la réserve, puisque nous l'étudions toujours en tant qu'attitude simple — implique un état d'esprit.

Cet état d'esprit exige la conscience plus ou moins claire de l'ensemble de la situation : l'individu qui se réserve doit naturellement connaître la sollicitation qui l'atteint, mais il doit également se représenter la portée de cet « incident extérieur », les menaces qu'elle recèle, les satisfactions qu'elle propose.

Ensuite, et surtout, il faut que l'individu connaisse les partis qu'il peut prendre, et qu'il *mesure* les incidences lointaines de sa décision. Toutes ces considérations peuvent sembler bien banales ; elles ne sont pourtant pas, en matière juridique, complètement indifférentes ; connaître les partis que l'on peut juridiquement prendre, n'appartient pas nécessairement au premier

venu. Il y a là, pour une personne normale, tout un domaine obscur qu'il lui faut explorer, d'où le recours aux gens de bon conseil, et même aux hommes de l'art.

En pratique, les consultations d'avocats ou d'avoués, les rapports d'experts, les interventions officieuses des notaires et des huissiers, voire les renseignements proposés par les « conseils juridiques » s'efforcent, même en l'absence de tout litige, de répondre à ce besoin.

Ainsi averti, selon sa compétence ou selon sa diligence, des solutions possibles, il reste à l'individu le soin de mesurer la portée de chacune d'elles en fonction de ses intérêts personnels : il faut tenir compte des servitudes de l'action qui impliquera désormais la cohérence de tout un comportement à venir, et des dangers de l'inaction propices à tous les empiètements et à toutes les interprétations.

220. — La réserve, attitude réfléchie.

Si l'action directe, OUI ou NON, acceptation ou refus, ne nécessite pas toujours une réflexion approfondie, s'ils peuvent se manifester spontanément et même avec légèreté, au contraire, la réserve ne peut se comprendre que réfléchie ou posément adoptée ; en tout cas, elle implique un effort d'adaptation, une intervention de la pensée, une prudence intelligente ; en un mot, la réserve suppose une prise de conscience de la situation.

Se réserver, c'est donc prendre conscience de la situation mais c'est aussi prendre contact avec l'auteur de la sollicitation. Ce point nous semble particulièrement important : la différence entre les réserves et le silence prudent, l'expectative, l'attentisme et autres attitudes qui n'excluent pas non plus la réflexion, tient en ce que, dans un cas, l'individu prend, ou garde, le contact avec l'auteur de la sollicitation, et dans l'autre, il laisse sans suite le rapport qui s'était ainsi ébauché.

221. — La réserve est une réponse à la sollicitation.

En termes plus simples, la réserve constitue une attitude adaptée dans la mesure où elle apporte une réponse à la sollicicitation, réponse peu compromettante, il est vrai, mais qui représente un sérieux progrès par rapport au silence et à l'inaction totale. Il s'établit ainsi, à défaut de rapports juridiques, un rapport intellectuel, tout au moins un rapport social entre les deux individus. La réserve comporte un signe d'intelligibilité, un minimum d'extériorisation, un intérêt virtuel, qui la différencient de ce mur d'incompréhension, ou d'hostilité, voire de stupidité, que représentent certains silences.

Si l'on veut, les réserves correspondent sur le plan personnel au donné acte du débat judiciaire, donné acte souvent inu-

tile ou accessoire, mais que les plaideurs ou leurs représentants [63] cherchent, avec une pointe d'amour propre, à obtenir des juges, précisément parce qu'il évoque une certaine compréhension, une certaine sociabilité.

222. — Intérêt de cette réponse.

Mais il ne faudrait pas croire que la réserve est séduisante seulement sous son aspect moral. Elle possède un intérêt pratique indéniable : quelques lignes plus haut, nous disions qu'elle ne laisse pas s'évanouir un rapport ébauché par la sollicitation. Rien n'est plus vrai. En effet l'agent qui, par son intervention, suscite des réserves, ne se trouve pas, ipso facto, contraint de retirer son offre ou d'interrompre son activité. Il est seulement informé que son initiative n'a pas définitivement recueilli l'adhésion d'autrui, mais rien ne l'empêche de persévérer à son propre compte, c'est-à-dire unilatéralement et à ses risques et périls.

Les hésitations de la jurisprudence en matière d'acceptation par le silence ont d'ailleurs donné lieu à des pratiques commerciales très répandues à nos jours : souvent, l'offrant insère spontanément dans ses propositions des réserves au profit du destinataire ; ce qui donne lieu à des formules dans le genre de celle-ci « Nous vous envoyons ce produit que vous pouvez utiliser sans aucun engagement de votre part... » ou bien, « Nous vous proposons de faire partie de notre organisation en prenant seulement *l'engagement moral* d'acheter trois objets par an etc. ». Ces exemples montrent bien l'intérêt que les réserves du destinataire de l'offre présentent pour l'offrant lui-même. Ce que cherchent les entreprises commerciales, ce n'est pas tant des engagements formels, des ventes fermes, que des rapports, des contacts, peut-être dépourvus d'efficacité juridique, mais qui atteignent des acheteurs virtuels.

La réserve ne paralyse pas l'initiative d'autrui, elle entretient des rapports de fait, de sociabilité, qui, tant qu'ils demeurent, gardent la faculté de se transformer en rapports juridiques.

Telle apparaît, en intention, l'attitude prise dans les réserves.

223. — L'expression.

Nous abordons maintenant la question précise de leur manifestation, c'est-à-dire, en fait de leur DÉCLARATION.

Nous avons eu précédemment l'occasion d'affirmer que les réserves exigeaient, en droit, une déclaration expresse [64] :

---

63. On a vu, notamment en matière pénale, des avocats demander le donné acte du refus de donner acte.

64. Cf. *supra*, n° 151. Nous disions que les réserves juridiques se dis-

Notre étude des systèmes d'interprétation a largement montré que les états de NON-VOLONTÉ ne se présument pas en droit français. On n'oserait pas dire, non plus, qu'ils peuvent être tacites [65], puisque au contraire les juristes livrent le silence, l'inaction etc. à toutes sortes d'interprétation, et en dernier ressort, y voient un refus. Il n'existe donc pas dans l'esprit traditionnel, de circonstances particulières d'où l'on puisse inférer la réserve [66].

Une réserve non-exprimée, une réserve tacite revient à un état de non-volonté pur et simple et fait courir les mêmes risques à son auteur.

La réserve juridique se distingue donc de l'état de non-volonté en ce qu'elle *constitue une déclaration*, une extériorisation, une démarche d'information, pour notifier à autrui cet état de non-volonté ; de cette démarche, de cette initiative procèdent d'ailleurs son efficacité et ses effets conservatoires.

Par conséquence, en pratique, on peut dire que LA RÉSERVE NÉCESSITE UNE DÉCLARATION, à défaut de laquelle on ne pourrait se prévaloir de cette attitude.

224. — Le principe.

Tel est, à notre avis, le principe auquel — étant donné l'esprit du droit positif actuel — seuls les textes législatifs pourraient apporter des exceptions.

225. — L'exception légale.

C'est le cas de l'article 105 du Code de commerce. Cet article décide que la réception des marchandises éteint toute action contre le voiturier, sauf si dans les trois jours qui suivent, le destinataire *notifie par acte extraordinaire ou par lettre recommandée sa protestation motivée.* Ce texte, en son début, confirme donc notre opinion sur l'expression des réserves, mais l'alinéa suivant ajoute : « Si dans le délai ci-dessus prévu, il est formé une demande d'expertise en application de l'article 106, *cette*

---

tinguent des réserves mentales et autres attitudes expectantes, par la nécessité d'une déclaration. Demogue note cependant (*Traités des Obligations*, t. I, p. 256) : « La volonté ne produit d'effet juridique que si elle est sérieuse. Il n'y a donc aucune conséquence si la volonté a été mise par jeu, ou avec une réserve mentale connue de celui à qui la déclaration s'adresse ». Il cite Jensk-Digest, I, p. 33. Mais comment une réserve mentale serait-elle connue sans déclaration ? C'est faire grand cas de l'intuition !

65. Pourtant, il serait dans la nature de l'absence de volonté de demeurer tacite. Tel n'est pas le cas en droit.

66. Hormis les actes conservatoires qui possèdent, par eux-mêmes, des effets plus complets que la réserve pure et simple.

demande vaudra protestation sans qu'il soit nécessaire de procéder comme il est dit à l'alinéa premier ». (Décret du 19 mai 1959).

Dans cette dernière hypothèse, il est indéniable que les réserves sont tacites par la volonté de la loi [67].

226. — Les fausses exceptions.

Mais il existe un autre aspect de la question. On sait que, d'après une construction jurisprudentielle, l'article 105 du Code de commerce peut être écarté par les parties lorsque des réserves précises ont été faites au moment même de la livraison et qu'elles ont été acceptées par le transporteur [68]. Certains auteurs émettent l'opinion que ces réserves peuvent être tacites. Cette opinion nous semble erronée, en ce qu'elle considère comme tacites des réserves *qui seront exprimées sous une forme verbale* — rien ne paraît moins tacite que le verbe — mais dont la preuve s'établit en justice selon le mode commercial, c'est-à-dire par tous les moyens, sans qu'il soit besoin d'un écrit.

Ainsi M. F. Durand écrit [69] : « L'arrêt de cassation a reconnu que le refus de prendre livraison pouvait équivaloir à des réserves tacites — ce qui est fort discutable ». Or, si l'on se reporte à cet arrêt [70], on y lit : « Attendu... que le jugement attaqué se fonde sur ce que, du seul fait que l'expertise prévue par l'article 106 du Code de commerce, a été organisée par le transporteur, résulterait l'*EXISTENCE de réserves verbales* du destinataire... Mais attendu que si en vertu de leur pouvoir souverain, les juges du fond ont, en la cause, déduit que le refus opposé par le destinataire de prendre livraison, et de l'expertise alors provoquée par la S.N.C.F., *des réserves avaient été formulées* en temps utile... »

On voit bien qu'il s'agit uniquement de la preuve de réserves verbales et formulées en temps utile, et non de réserves tacites.

D'autre part, M. Rodière, traitant de « *l'expression* » *des réserves*, écrit [71] : « L'expression par le destinataire correspond à une sollicitation. Elle doit en suivre les règles. Comme la matière est d'ordre commercial, on exigera donc seulement que les réserves expriment clairement l'intention de leur auteur.

---

67. Encore faut-il préciser ici que le décret du 19 mai 1959 a mis fin à des controverses passionnées car la jurisprudence avait tendance à se fixer en sens contraire.

68. Cf. « Des réserves à la livraison », chronique par M. Durand, D. 1950, p. 57 et cf. *infra*, n°

69. D. 1950, *Chronique*, p. 58. Egalement Code de commerce annoté (art. 105).

70. 11 janvier 1949, Bull. cass. 1949, p. 36, n° 22.

71. J.C.P. 1951-896 « La double fonction des réserves à la livraison ».

Elles peuvent être verbales. Si elles sont écrites, elle peuvent affecter n'importe quelle forme. »

« Dans les transports par chemin de fer, elles sont en très grande majorité formulées sur le récépissé qui est remis au destinataire ; beaucoup plus rarement sur le livre conservé par le réseau... »

A aucun moment, dans cette étude de *l'expression des réserves,* il n'est fait allusion à des réserves tacites.

227. — Le refus ne constitue pas des réserves tacites.

Examinons maintenant le cas du refus pur et simple de prendre livraison : ce refus vaut-il en tant que réserve, manifeste-t-il des réserves tacites ? Certainement non. A un certain point de vue, poser la question c'est la résoudre : le refus exprime sans aucun doute une volonté contraire, alors que les réserves, d'après nos recherches, expriment seulement un état de non-volonté, — en l'occurence, l'absence de volonté envers le voiturier que le destinataire n'entend pas décharger — et une volonté conservatoire qui permettra, *plus tard,* une action éventuelle en responsabilité.

A d'autres égards, le refus de prendre livraison ne peut équivaloir à des réserves. En effet, le voiturier n'est déchargé que si il a accompli la livraison ; tant qu'elle n'a pas été effectuée, les réserves sont sans objet.

La jurisprudence [72] ne s'y trompe pas : elle a toujours nié le refus temporaire de prendre livraison puisse écarter les dispositions de l'article 105, lorsque le destinataire procède ultérieurement à l'enlèvement des marchandises.

228. — Les réserves sont toujours expresses.

On peut conclure sur ce point en disant que la réserve exige une déclaration expresse, sauf lorsque des textes législatifs la font résulter d'un acte conservatoire ordinaire [73]. C'est le cas notamment de l'expertise lors de la livraison, et de l'inventaire en matière de succession.

229. — Forme des réserves.

---

72. Jurisprudence constante et en particulier civ. 4 juin 1934, DH. 1.310 et 21 février 1934, D. 1934.1.184.

73. Les réserves semblent d'ailleurs superfétatoires lorsqu'un acte conservatoire est possible. Les actes conservatoires, au sens strict, possèdent l'avantage de produire des effets certains : malheureusement, ils n'existent qu'en nombre restreint et leur champ d'application reste très étroit. Au contraire la réserve se plie à toutes les modalités des rapports de droit.

Dans quelle forme doivent se déclarer les réserves [74] ?

En se reportant aux exemples que nous avons examinés et en tenant compte des cas exceptionnels où la réserve est tacite par volonté de la Loi, on peut dire qu'aucune forme particulière ne s'impose ; les réserves peuvent être verbales ; elles peuvent résulter d'un écrit quelconque, d'une inscription sur un registre, d'une mention apposée sur un acte émament d'autrui, d'une lettre recommandée ; elles peuvent également faire l'objet d'un acte extra-judiciaire autonome (notification, exploit, etc. ou simplement *s'insérer dans les conclusions* d'un plaideur.

230. — Les réserves dans les conclusions judiciaires.

Nous insisterons quelque peu sur ce dernier point que nous n'avons pas eu encore l'occasion d'examiner. Il ne s'agit pas, ici, de l'expression classique « sous toutes réserves », que l'on trouve invariablement aux côtés d'autres clauses de style telles que : « à ce que nul n'en ignore », « dont acte », « bon pour » et « ce sera justice ». Au contraire, nous voulons évoquer des réserves précises, formulées à l'égard de l'initiative adverse, et qui sont si utiles, dans les conclusions. Par exemple « attendu que le sieur X fait toutes réserves sur la version de l'accident telle qu'elle est rapportée dans les conclusions du demandeur ; que X. lui-même, gravement blessé, n'a gardé aucun souvenir précis des circonstances ; qu'il y a donc lieu de procéder par enquête... » ou bien « Attendu que Z. dans ses conclusions en date du... offre (suit l'énonciation d'offres réelles)... attendu que ces *offres telles qu'elles sont énoncées auraient éventuellement été susceptibles de retenir l'attention du demandeur* si elles avaient été formulées en temps utile ; que, donc, le demandeur maintient intégralement ses conclusions principales dont il demande le bénéfice ; *que toutefois et à titre tout à fait subsidiaire,* au cas où le tribunal ne croirait pas recevoir, de plano, la demande principale, il conviendrait d'ordonner une expertise afin d'évaluer la valeur des offres tardives faites par Z... etc. »

On voit, par conséquent, que les réserves sont extrêmement souples dans la forme qu'elles peuvent prendre ; c'est d'ailleurs cette souplesse de forme qui rend parfois leur preuve assez difficile en justice, et qui a pu faire croire, à tort, qu'elles pouvaient être tacites.

231. — Le temps des réserves.

Toujours dans le cadre de l'expression des réserves, un pro-

74. La question ne se pose pas lorsque la loi a prévu elle-même les formes nécessaires (art. 105, C. de com.).

blème se pose encore : quand, à quel moment doivent-elles se manifester pour constituer une attitude valable ?

A priori, en vertu du principe de cohérence, il semble indubitable que « les réserves dans l'inaction » doivent précéder l'action elle-même, elles ne sauraient être postérieures. En effet, en agissant, nous prenons une attitude ; si ultérieurement, nous nous déclarons réservés, sans aucun doute, nous changeons d'attitude et nous trouvons en contradiction avec nous-mêmes. Cette solution correspond d'ailleurs à un autre impératif que l'on pourrait appeler « la capacité » des réserves : pour se réserver un droit, une notion, une acceptation ou un refus, il faut le posséder, le détenir dans son patrimoine. Si donc nous passons à l'action, si nous utilisons ce droit, cette faculté, il est logiquement impossible de prétendre ultérieurement le réserver.

Cependant, la question de « l'époque » des réserves possède d'autres aspects qui méritent un examen plus approfondi.

Quid, en effet, si après la sollicitation d'autrui, nous restons dans l'inaction totale, inaction qui provoque chez autrui une interprétation erronée de notre attitude ? Suffira-t-il, lorsque nous nous apercevrons de l'erreur d'autrui, de faire, à ce moment seulement des réserves, ou bien, sera-t-il déjà trop tard ? Les apparences, les présomptions, la bonne foi plaideront contre nous et notre responsabilité risque d'être engagée si l'on en vient à un débat judiciaire. Faut-il, alors, émettre des réserves dès que nous avons décidé de nous abstenir à l'égard de la sollicitation d'autrui ?

Pour être complet, il faut encore tenir compte de l'hypothèse de la violence et de celle des droits potestatifs qui nous contraignent à agir sans volonté et qui ne laissent place qu'à des réserves concomitantes ou postérieures.

Devant un lot de situations aussi disparates, on comprendra qu'il est impossible d'adopter une solution unique : nous devons nous contenter de poser quelques directives générales :

1) Des réserves « à titre principal » émises après une intervention volontaire, ou après un comportement actif sont contradictoires (application stricte du principe de cohérence). Elle ne peuvent plus traduire valablement un état de non-volonté, alors que la volonté s'est déjà employée.

2) Des réserves formulées dans l'inaction totale se comprendront mieux et auront leur plein effet si elles interviennent immédiatement après la sollicitation extérieure. Elles constituent alors une véritable réponse, et ménagent une activité ultérieure qui pourra intervenir sans contradiction. On peut en ce sens dire : le plus tôt sera le mieux.

Au contraire, des réserves tardives ne parviennent pas toujours à détruire les apparences que notre passivité, le temps

conjugué avec les systèmes d'interprétation, ont accumulées contre nous. On fera cependant application de la maxime, mieux vaut plus tard que jamais.

3) Des réserves formulées pour lutter contre un droit potestatif ne peuvent intervenir qu'au moment où l'emprise de celui-ci s'exerce : elles seront donc concomitantes ; postérieures, elles resteraient sans effet.

En ce qui concerne la violence, nous nous référons à l'ancien droit [75] qui en connaissait tous les abus et tous les dangers. « Les protestations suivent quelquefois la chose contre laquelle on réclame, quelquefois, elles la précèdent. La protestation, pour être valable, doit être faite aussitôt que l'on avait la liberté de le faire ou que la fraude a été reconnue [76]. »

232. — Au seuil de cette section, nous pensons avoir réussi à préciser tous les éléments externes des réserves : le climat psychologique, le mode d'expression, la forme, le temps. Il nous reste maintenant à découvrir le contenu de cette réponse, c'est-à-dire à détailler tous les éléments internes qui la composent.

Section II. — *Les éléments intrinsèques ou le contenu des réserves.*

233. — En recherchant une définition des réserves, nous avons déjà pénétré le contenu de cette notion. Mais, alors, nous avions procédé à travers l'enchevêtrement des données psychologiques et des éléments de droit.

Maintenant, c'est-à-dire après décantation de toute la part de psychologie, il s'agit de regrouper en schéma tous les aspects qui intéressent le droit, et le droit exclusivement. Cette section sera donc aussi brève que possible, et son seul intérêt consistera à préparer, avec le maximum de clarté, le chapitre suivant : « Les effets des réserves dans l'inaction. »

On traitera donc successivement :

— La base, la condition d'existence des réserves : l'état de non-volonté actuelle envers autrui,

— et ce qui correspond à leur cause, à leur raison d'être, la déclaration unilatérale de volonté conservatoire.

---

75. Cf. Guyot, *Répertoire de jurisprudence.* Protestation.

76. Le Code civil (art. 1115) renvoie à l'article 1304 soit à un délai de dix ans pour intenter l'action en nullité, qui représente l'intervention de la volonté contraire. La simple protestation n'aurait guère d'intérêt après un tel laps de temps.

I. — *Les réserves correspondent à un état de non-volonté*

234. — Méconnaissance de l'état de non-volonté.

L'état de non-volonté ne recèle en lui-même rien d'extraordinaire et il correspond en fait à un aspect de la nature humaine [77]. Ce qui est plus curieux, c'est que l'on en tienne si rarement compte dans le droit, alors que dans la vie ordinaire, l'indécision, la paresse, le fatalisme, l'absence, l'inattention, la dispersion , la faiblesse, la préoccupation, l'attente, jouent un rôle si important dans la conduite des affaires.

235. — Peu d'auteurs ont évoqué l'état de non-volonté. A notre connaissance, seuls Barrault et Demogue y ont fait quelques allusions, que nous n'aurons guère de peine à citer tant elles sont brèves ; Barrault se borne à constater l'insuffisance de l'activité humaine face au harcèlement des sollicitations : « ... à chaque instant, nous sommes assaillis par une foule de situations qui demandent des réponses.

« Or, quoique nous fassions, lorsque nous manifestons une volonté donnée, nous ne répondons qu'à une, ou tout au plus à un nombre restreint de ces demandes : à l'égard de toutes les autres, nous nous taisons [78]. »

Demogue consacre trois pages à la question [79] « Une étude sur la volonté comporte naturellement un examen de l'absence de vouloir et des ses conséquences. Dans un cas quelconque où une volonté devrait être formulée et produire un effet juridique, si celle-ci n'est pas exprimée, soit que la personne qui devait le faire commette un oubli, soit qu'elle *entende se réserver,* soit qu'elle ne puisse donner un avis, étant absente et n'ayant pas été touchée par la demande d'acte de volonté, ou étant incapable d'exprimer un désir par suite de maladie mentale ou physique, que décider ? Comment interpréter cette absence de volonté exprimée ? Faut-il l'accepter pour une adhésion à l'opinion de la majorité ? Faut-il y voir une opposition [80] ?

« La question se présente en pratique à propos de toutes les assemblées délibérantes, des collèges électoraux à propos de

77. Aspect qui se dévoile, par exemple, en matière d'enquête et de test de statistiques dans le problème des NON-RÉPONSES, et le NE SAIT PAS des questionnaires.

78. Barrault, *Essai sur le silence,* thèse, Dijon, p. 19.

79. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé,* p. 317 ; à noter que cet auteur mentionne encore ce qu'il appelle *l'avolonté,* à propos du silence dans le *Traité des obligations,* mais là aussi, il admet que le silence puisse subir toutes les interprétations pour le bien commun.

80. On reconnaît ici la logique binaire.

toutes les actions en commun parmi lesquelles il y a toujours des minorités inertes.

Comment faut-il interpréter cette absence de volonté, ce silence ? *N'est-il pas aussi arbitraire* de le comprendre comme une *opposition,* un refus, *comme une affirmation, une adhésion* ? »

Nous arrêterons là cette citation, car Demogue passe ensuite à l'examen sommaire de l'absence de volonté dans les assemblées délibérantes, où, dit-il, il y a un droit regrettable mais nécessaire pour certains groupes, majorité ou minorité, de vouloir pour le bien de tous. C'est consacrer dans un cas précis, le triomphe de la volonté sur l'absence de volonté.

236. — L'état de non-volonté intentionnel.

Le problème reste donc entier, sous réserve que nous ne croyons pas, comme Demogue, qu'il faille nécessairement interpréter le défaut de volonté comme un refus ou comme une adhésion. Au contraire, l'état de non-volonté dans la réserve présente ce caractère, *tout à fait particulier,* qu'il est intentionnel. Cette intention déclarée de ne pas vouloir exclut, par conséquent, toute interprétation, fût-ce au nom du « bien commun ». La réserve impose l'examen de l'état de non-volonté en lui-même, pour ce qu'il est réellement. Dès lors, point n'est besoin de longs développements, l'état de non-volonté rejette, dos à dos — nous le savons — OUI ou NON et du même coup toutes les formes qu'ils peuvent prendre : acceptation, adhésion, participation, aveu, consentement, acquiescement, confirmation, etc. et refus, désaccord, dénégation, contradiction et contestation.

L'état de non-volonté, exprimé dans la réserve, ne se laisse réduire à aucune action et détourne toute recherche de volonté concordante ou contraire. C'est, pourrait-on dire, l'état de non-volonté en soi, absolu, intraitable, irréductible. Il nous suffit de rappeler ces idées largement explicitées auparavant [81].

237. — Limites de l'absence de volonté.

Cette absence de volonté connaît cependant des limites : on ne concevrait pas qu'il soit le fait de la personnalité entière, ou alors, on atteindrait vite à l'inexistence. Ces limites tiennent au temps et à la portée.

238. — Limite des réserves dans le temps.

La réserve actualise un état de non-volonté, par conséquent, elle n'intervient que relativement *au temps présent* : elle ne se

81. Cf. 1re partie, chapitre II, section II, nos 70 et s.

destine pas à l'éternité : elle n'a aucune vocation à établir un fait perpétuel. On songe à ces très anciens actes égyptiens que M. Lévy a étudiés dans son cours de doctorat (« L'acte écrit ») [82] et dans lesquels on trouvait des clauses défiant l'Univers : « Que cet acte soit plus fort que tout. » Il serait tout aussi naïf d'envisager une réserve définitive : au contraire nous avons vu que cette attitude reposait sur la marche du temps et sur l'évolution : elle est temporaire et transitoire.

L'état de non-volonté qu'exprime la réserve se limite donc à l'actualité, et ne vaut que jusqu'à nouvel ordre.

239. — Limite des réserves quant à leur objet.

D'autre part, le défaut de volonté demeure relatif à une personne, à un fait, à une sollicitation. Il ne concerne naturellement ni l'ensemble de la situation juridique, ni les autres objets que peut atteindre la volonté de l'individu. Il ne s'agit pas d'une déficience générale de la volonté comme celle qui atteint les incapables.

A ce propos, on notera l'inefficacité partielle de la formule, « sous toutes réserves », formule dont l'imprécision voulue, l'infinité, démentent une attitude [83] profonde.

La réserve se limite à un objet plus ou moins complexe, mais que l'on doit toujours pouvoir déterminer. Ajoutons, en ce qui concerne son efficacité, que plus la réserve sera précise, plus elle sera valable et donc utile.

240. — Il est aisé maintenant de faire le point sur l'absence de volonté dans les réserves :

1) l'état de non-volonté est intentionnel ; il ne résulte ni d'une défaillance, ni d'un désintérêt quelconque,

2) il est seulement actuel et ne se destine pas à durer au-delà des intérêts de l'auteur de la réserve qui précisément se ménage une intervention ultérieure.

3) il se limite à un objet particulier.

Intentionnel, actuel, spécial, tels apparaissent les trois caractères importants de l'état de non-volonté, caractères qui contribueront sérieusement à la connaissance des effets de la réserve.

II. — *Les réserves sont une déclaration unilatérale de volonté*

241. — L'expression « déclaration unilatérale de volonté »,

82. Cours de doctorat ancien régime (Droit romain, Histoire du droit) 1958-1959. Ce cours n'a malheureusement pas été publié.

83. On verra cependant (III[e] partie) que cette clause de style peut correspondre à une certaine fin. Cf. n° 359.

prise au pied de la lettre, ne satisfait pas entièrement l'esprit : elle recèle une légère ambiguïté. En effet, ce n'est pas seulement le caractère unilatéral de la déclaration qui importe ici. La plupart des déclarations d'un individu ne possèdent-elles pas le même caractère ? On ne voit guère que le texte même d'un accord qui échappe à l'unilatéralité ; mais l'offre, le refus, l'acceptation, la mise en demeure, la sommation, les conclusions d'un plaideur sont, à proprement parler, des déclarations unilatérales. Par conséquent, il n'y a rien de très original à dire que les réserves constituent une déclaration unilatérale.

242. — Volonté unilatérale.

En revanche, il semble plus intéressant d'attribuer ce caractère à la volonté qui intervient dans les réserves. On devrait donc énoncer, pour plus d'exactitudes : « Les réserves sont une déclaration de volonté unilatérale. » Mais là encore, l'expression reste imparfaite : outre que la tournure semble bien pesante, elle laisse subsister un doute : il peut s'agir d'une déclaration commune à deux parties, tendant à donner efficacité à la volonté de l'une seule d'entre elles [84].

243. — Nous conserverons donc l'expression première de « déclaration unilatérale de volonté », étant entendu que l'unilatéralité concerne aussi bien la déclaration que la volonté qui s'y trouve exprimée.

244. — Caractères de l'acte unilatéral.

Dans son ouvrage [85], M. Martin de la Moutte énonce fort clairement les deux caractères spécifiques de l'acte unilatéral :

— *caractère formel :* l'acte est efficace par l'intervention d'une volonté unique.

— *caractère substantiel :* l'acte exprime l'intérêt d'une partie unique.

La réserve possède, sans aucun doute, le premier caractère : on se réserve à l'égard de quelqu'un, avec ou sans son approbation ; peu importe.

C'est d'ailleurs ce qui résulte de cette déclaration émise par un seul individu [86], et qui nous préoccupait à l'instant. M. Martin

---

84. C'est le cas du « contrat de réserves » formé à la livraison entre le destinataire et le voiturier. Sur cette expression, voir M. Durand, D. 1953, Chronique, p. 58 et M. Rodière, J.C.P. 1951, n° 896.

85. *L'acte juridique unilatéral,* p. 38 et s.

86. Il serait, en fait, indifférent que les réserves soient insérées dans un acte bilatéral à condition, en ce cas, qu'elles apparaissent à la requête d'une seule partie, sur l'intervention d'une seule volonté. On se reportera à l'exemple du mur mitoyen, que nous avons cité plus haut.

de la Moutte note lui-même : « Tout d'abord, et c'est là qu'est l'évidence, l'acte sera le produit d'une manifestation unilatérale de volonté. Mais, sur ce point, il faut remarquer qu'il en est ainsi pour toutes les opérations juridiques, comme d'ailleurs, pour toute activité humaine quelle qu'elle soit. Seulement, si toutes les déclarations de volonté sont unilatérales, elle ne constituent pas des actes unilatéraux. »

245. — En ce qui concerne le second caractère nécessaire, il semble encore que les réserves le possèdent pleinement : elles n'expriment jamais que les intérêts d'une partie unique, et on chercherait vainement, selon l'expression de M. Martin de la Moutte, des cas où les réserves expriment « la conciliation d'intérêts contradictoires ». Si la rédaction de certains actes peut, à première vue, prêter à équivoque, un examen attentif aura tôt fait de rétablir la véritable intention des réserves : ainsi, on lit parfois : « Les parties se réservent mutuellement la faculté de... » Il ne s'agit nullement, en ce cas, de concilier des intérêts contradictoires mais simplement de ménager à chacune des parties les moyens de faire valoir *ses propres intérêts* sans recueillir auparavant l'adhésion de l'autre. Le langage confirme de lui-même cette idée : on se réserve, on fait soi-même ses propres réserves, ou encore nous proposons à l'autre partie des réserves dans son intérêt, mais alors au détriment du nôtre.

246. — Les réserves possèdent les caractères de l'acte unilatéral.

Les réserves paraissent donc recueillir tous les caractères spécifiques de l'acte juridique unilatéral. A ce sujet, nous avons écrit précédemment que les réserves avaient une vocation d'acte juridique. Nous savons donc désormais que si cette vocation se réalise, nous aurons toujours affaire à des actes unilatéraux. Il faut cependant se garder de conclure que les réserves constituent nécessairement des actes juridiques. En effet, le problème de *leur efficacité* reste pendant et, dans ces conditions, on ne saurait trancher définitivement le problème.

Et d'ailleurs, quelques lignes plus haut, nous notions avec M. Martin de la Moutte : « L'acte sera EFFICACE par l'intervention d'une volonté unique. » Nous ne sommes par certains, dans les réserves, que l'intervention de cette volonté unique produise nécessairement des effets.

Quoiqu'il en soit, le caractère foncièrement unilatéral des réserves est maintenant établi.

247. — Il reste alors à pénétrer plus avant dans le rôle de cette volonté unilatérale, dont nous savons seulement qu'elle

écarte, dans le présent, toute intervention directe envers autrui, et qu'elle rejette toute modification actuelle de la situation juridique. Dans ces conditions, on peut se demander quelle est la nature de cette volonté, quel est, en tout cas, son objet ?

248. — Volonté conservatoire des réserves.

Ce sont encore des observations faites précédemment qui vont nous éclairer : cette volonté n'intervient pas *pour modifier*, on peut donc penser que, à l'inverse, elle tend uniquement à conserver. Il ne suffit pas toutefois de dire que les réserves comportent une volonté unilatérale conservatoire comme toutes celles qui donnent naissance aux actes conservatoires proprement dits ; ce serait insuffisant car, il faut encore préciser ce que l'individu entend conserver par ses réserves. On sait que l'acte conservatoire se cantonne dans un domaine assez restreint, et que, suivant les objets, les droits qui méritent protection, il adopte des formes bien définies (saisie conservatoire, inventaire, scellés, acte interruptif de prescripition, référé, etc.) Au contraire, les réserves n'ont ni formes, ni domaines finis.

249. — Quel est l'objet de cette volonté conservatoire ?

On pourrait certes dire que les réserves tendent à conserver la situation juridique actuelle, ce qui est vrai, mais demeure beaucoup trop général ; on peut apporter sans doute quelques précisions en ajoutant qu'il s'agit de la *situation juridique subjective*, ce que certains appellent « la sphère juridique individuelle », extrapolation de la notion de patrimoine, mais c'est encore insuffisant : on ne parvient pas ainsi à une représentation nette du rôle de la volonté dans les réserves.

250. — Les réserves conservent les facultés existantes au moment de la sollicitation.

Pour comprendre l'objet des réserves, il faut, croyons-nous, reconsidérer les circonstances dans lesquelles elles se manifestent : ainsi seulement, on comprendra ce que l'individu entend réserver.

Les réserves apparaissent dans des cas où l'individu *pourrait ou devrait intervenir*. Or, en matière juridique, on intervient toujours en vertu de facultés, de droits, de prérogatives, de libertés, de pouvoirs dont on est titulaire. Par conséquent, si la réserve n'emporte pas utilisation de ces moyens d'intervention envers autrui (état de non-volonté envers autrui), elle a pour but d'en préserver les fondements, c'est-à-dire de les maintenir en puissance chez leur titulaire.

En termes plus simples, nous pensons que, à chaque sollicitation extérieure correspond chez l'individu une réponse spé-

cifique, ou le choix entre un certain nombre de réponses spécifiques. La réserve demeurerait incompréhensible si elle n'avait pas pour rôle d'affirmer la possibilité de ces réponses (volonté virtuelle) et de les conserver (volonté actuelle) sans les utiliser.

C'est donc, en définitive, par la sollicitation extérieure que l'on déterminera l'objet de la réserve qui lui est donnée en réponse [87].

251. — Réserves ou renonciation, aspect symétrique d'une même volonté.

Nous croyons avoir suffisamment défini le but et l'objet de la volonté dans les réserves en tant qu'attitude juridique : toutefois, il nous semble intéressant de procéder ici au rapprochement d'une notion, qui pose dans le droit des problèmes très voisins : nous voulons évoquer *la renonciation.*

Personne ne doute qu'une volonté intervienne dans la renonciation, volonté unilatérale, qui ne concerne pas non plus directement autrui [88], et dont les effets sont absolument à l'opposé de ceux de la réserve.

Réserve ou renonciation, maintien ou abdication constituent les deux aspects symétriques d'une même volonté : celle qui intervient dans la gestion des situations juridiques individuelles.

252. — En résumé, on retiendra que le contenu des réserves s'analyse ainsi :

— un état de non-volonté envers autrui, c'est-à-dire, une absence de volonté créatrice d'effets de droits nouveaux, ou modificatrice de rapports de droit ;

— une évocation des volontés virtuelles susceptibles de donner une réponse définitive à la sollicitation ;

— une volonté conservatoire actuelle qui porte précisément sur les facultés inutilisées actuellement.

En possession de ces éléments, nous allons aborder le problème de l'efficacité des réserves.

---

87. Ainsi, selon la sollicitation qui lui parvient, l'individu entend, par ses réserves, conserver soit une simple faculté (OUI ou NON), soit la prérogative résultant d'un droit, soit encore l'action de ce droit, etc. Souvent, l'individu prend la précaution de définir lui-même l'objet de sa réserve : il se réserve de faire telle chose, d'agir, de confirmer, etc. mais aussi utile que soit cette manière de procéder, elle n'est pas, en principe, indispensable...

88. Les renonciations in favorem constituent un cas particulier.

CHAPITRE IV

LES EFFETS DES RESERVES

253. — Ces effets résulteront, comme nous l'avons dit, du contenu de l'attitude elle-même. Nous les étudierons donc à partir des trois éléments que nous a révélés l'analyse faite dans la section précédente :

— état de non-volonté envers autrui,
— évocation d'intervention ultérieure,
— volonté conservatoire.

Il va sans dire que ces éléments sont ici dissociés pour des raisons techniques et qu'en réalité, ils se fondent, ou plutôt ils s'enchaînent dans une forme unique que la notion de réserves exprime en un seul mot.

254. — D'autre part, la réserve, comme toute attitude, régit un rapport entre deux parties ; elle met deux individus en cause, et il convient donc de rechercher ses effets, non seulement chez leur auteur, mais encore à l'autre extrémité du rapport, c'est-à-dire chez leur destinataire.

I. — *Effets de la réserve à l'égard de leur auteur.*

255. — Ces effets apparaîtront, naturellement, avec une grande clarté qui confinera parfois à l'évidence ; il ne saurait en être autrement puisque nous nous contentons, pour l'instant, d'étudier les réserves pures et simples qui apparaissent dans l'inaction. La question se présentera très différemment dans la troisième partie, lorsque nous devrons déterminer la portée beaucoup plus complexe des réserves accompagnant un acte ou une activité quelconque.

Ici, nous n'avons à redouter aucune interférence entre plusieurs sources d'effets de droit ; on saisira l'avantage qu'il y a à considérer le rôle des réserves dans ces conditions idéales.

A. — *Les effets résultant de l'état de non-volonté propre à la réserve.*

256. — L'état de non-volonté constitue une notion négative qui permet seulement de procéder par non identification : nous nous efforcerons ainsi de faire apparaître les éléments juridiques que la réserve écarte, et les principes qu'elle exclut.

1) *En premier lieu, la réserve exclut de la part de son auteur toute modification des rapports juridiques avec autrui.*

257. — Cet état de non-volonté, dont nous savons qu'il est intentionnel, actuel, et relatif à autrui, retire à la réserve toute vertu créatrice d'*effets de droit nouveaux* : il manque précisément cet élément générateur de création, de novation, de disparition de la majorité des rapports juridiques : la volonté.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que sous cet angle, la réserve n'est pas dangereuse ; elle paraît même inoffensive. Nous croyons que c'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles les réserves sont employées à tous propos et même hors de propos. Elles sont devenues une habitude des praticiens [89] tant il est vrai qu'elles ne risquent pas de se retourner contre leur auteur. Mais cet aspect rassurant des réserves possède une contre-partie que l'on ne mesure pas toujours : *elles n'apportent à leur auteur aucun des avantages propres aux autres attitudes* qu'il aurait pu prendre dans la même occasion, c'est-à-dire qu'elles ne produisent aucun des effets du OUI ou du NON.

C'est là une évidence qui risque dans la pratique, d'échapper aux intéressés. A ce sujet, il existe même toute une jurisprudence relative aux réserves d'action en justice. Nous citerons deux cas qui ont donné lieu à des arrêts de la Cour de cassation.

258. — Dans une première espèce [90] un plaideur avait fait, au cours d'une instance devant le tribunal civil, *des réserves*, en vue d'intenter un autre procès. Devant la Cour de cassation, ce plaideur soutint que sa réserve constituait une demande susceptible d'élever le taux du ressort, et que, par conséquent, le tribunal avait, à tort, statué en dernier ressort. Pourvoi-Rejet : « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'on ne saurait considérer comme un chef de demande la simple réserve faite par une partie au cours d'un procès d'en intenter un autre ; que, par suite, la

89. Les réserves relèvent souvent de la clause de style dans son sens le plus péjoratif.

90. Cassation civ. 16 avril 1894, D. 1899.1.270. En revanche, une demande accompagnée de réserves sur le montant définitif peut modifier le taux du ressort (Cass. soc. 10 décembre 1959, Bull. cass. 1959.4.979).

réserve faite d'introduire, *s'il y avait lieu,* une action en nullité... ne peut avoir aucune influence sur le taux du ressort... »

259. — Dans une autre espèce [91], la Cour suprême a rendu une décision similaire. Deux parties plaidaient sur le refus du renouvellement d'un bail. Le demandeur devant le tribunal s'était réservé de demander ultérieurement des dommages et intérêts. Devant la Cour de cassation, il entreprit de faire casser la décision d'appel sous prétexte qu'elle n'avait pas tranché cette question. Rejet — « Attendu que de simples réserves faites en première instance d'introduire une demande en justice ne sauraient *être assimilées à la formation* de cette demande... que la Cour d'appel a décidé à bon droit qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ces dommages et intérêts... »

260. — Cette jurisprudence, établie depuis fort longtemps [92], ne suscite aucune critique ; elle repose toute entière sur les considérations que nous avons exposées : les réserves d'intenter une action ultérieure, ou de demander des dommages et intérêts représentent, *sur le moment,* une absence de volonté contraire envers autrui et un défaut d'action devant le tribunal. Cette volonté contraire devra nécessairement se manifester dans un autre acte propre, par une autre action en justice. La présence de réserves dispense de toute autre manifestation de volonté mais elles ne suppléent pas ces manifestations.

261. — Il en est exactement de même lorsque la réserve se substitue à une manifestation de volonté concordante. Nul ne pourrait se prévaloir des réserves qu'il a formulées à l'égard d'une offre pour prétendre qu'elle a été acceptée.

2) *Les réserves excluent l'application du principe de cohérence dans les relations futures avec autrui.*

262. — C'est encore l'état de non-volonté qui explique cette dérogation exceptionnelle au régime des attitudes. Avant d'analyser ce phénomène plus à fond, il faut cependant noter que la réserve reste elle-même soumise à une certaine cohérence : celle imposée par les actes ou par les faits qui l'ont précédée.

En effet, jamais la réserve ne saurait avoir des effets rétroactifs. Si un individu a déjà pris une attitude envers autrui, s'il a manifesté une volonté, les réserves qu'il émettrait postérieurement ne pourraient évidemment remettre en cause ces actes, cette volonté, ces attitudes qui restent acquises aux tiers.

---

91. Req. 21 janvier 1936, D.H. 1936.97.

92. Voir aussi Cass. civ. 28 août 1882, D.P. 1883,1.239 et Cass. 17 février 1874, D.P. 74.1.441.

263. — La cohérence ne joue pas pour les actes postérieurs aux réserves.

Au contraire, si en présence d'une sollicitation d'autrui, notre réponse *initiale* est constituée par des réserves, il n'y a plus à se soucier du principe de cohérence : nous pouvons ultérieurement prendre n'importe quelle attitude, n'importe quelle décision car nos réserves n'ont exclu aucune possibilité, ni préjugé de rien.

Cette attitude, cette absence de volonté déclarée nous mettent à l'abri de toute contradiction avec notre comportement à venir. C'est, à notre connaissance, la seule réponse que nous puissions donner à autrui, sans nous engager dans une ligne de conduite que nous serions juridiquement tenus de respecter ensuite.

264. — Cette caractéristique particulièrement importante des réserves apparaît très nettement dans les exemples que nous avons donnés au début de ce chapitre [93]. Il n'apparaît pas utile d'y revenir plus longuement.

265. — On retiendra donc, pour clore ce paragraphe, ces deux points importants : les réserves n'apportent aucune modification à la situation juridique actuelle et corollairement, elles ne créent envers autrui aucun précédent soumis à cohérence.

B. — *La réserve évoque une intervention ultérieure dans la situation juridique.*

266. — En effet, l'individu ne se réserve pas à seule fin de déclarer son absence de volonté ; une telle déclaration présenterait assez peu d'intérêt, surtout si cet état devait durer indéfiniment. La réserve annonce ou précède une intervention dont les aspects peuvent être très variés (utilisation ultérieure d'un droit, renonciation, confirmation, refus, acceptation), mais qui possède toujours un lien de connexité avec les rapports juridiques actuels.

267. — Utilité de l'évocation des droits.

A quoi peut bien servir une telle évocation ?

Evoquer des droits, des facultés, des intentions, des pouvoirs, ce n'est ni les mettre en œuvre, ni les exercer, ni s'en

93. Cf. nos 184 et 204, 206 et s. Egalement cf. les décisions précitées, D. 1873.1.402, D. 1876.1.151.

défaire. C'est simplement les faire apparaître et en retenir la connaissance [94]. On risque à priori de ne pas très bien voir sur le plan du droit à quelle utilité correspond cette évocation.

268. — Le devoir d'information.

Nous avons vu cependant les dangers de l'inaction totale et du défaut de volonté pure et simple. L'évocation des droits et des facultés intervient dans les réserves pour compenser, pour atténuer cette absence de vouloir : certes la réserve ne met pas en jeu ces droits, mais ELLE EN AFFIRME L'EXISTENCE ; au lieu de dire « je veux » l'individu déclare « je peux ». Et alors l'intérêt de cette déclaration apparaît aussitôt : *elle remplit le devoir d'information envers autrui.*

269. — Contenu du devoir d'information.

Les auteurs restent, en général, assez silencieux sur ce devoir d'information, auquel on fait pourtant appel de plus en plus souvent. M. Savatier [95] déclare : « Mais ce droit de se taire n'est pas absolu. D'abord, il faut appliquer la règle générale rendant l'omission fautive lorsqu'elle devient dommageable en se combinant avec un acte positif de la même personne... Souvent aussi, c'est un devoir professionnel qui oblige à renseigner... L'obligation de renseigner peut encore être légale... elle peut aussi être contractuelle... (réticence). »

M. J. Carbonnier [96] trace également les contours du devoir d'information en établissant une distinction entre le silence-piège et le silence-injure.

Enfin, M. Voirin [97] dit : « D'une façon générale, le silence est fautif toutes les fois que les circonstances faisaient un devoir de parler, de manifester une volonté. Le préjudice doit être réparé. Or, très souvent, la réparation la plus adéquate est obtenue par une interprétation quelque peu arbitraire du silence... »

Tels sont, à peu près, les seuls éléments dont nous disposons sur cette question. Nous n'avons nullement la prétention de définir ce devoir ou d'en préciser les limites ; notons seulement que l'on pourrait ajouter à ces éléments toute la jurisprudence qui fait état, pour débouter un plaideur, de « l'absence de réserves et de protestations en temps utile [98] ».

---

94. Cf. Littré, Evocation-Evoquer.
95. Traité de la responsabilité civile, n° 46.
96. Dalloz, 1951, Chronique, p. 119.
97. Dalloz, 1939.1.5.
98. Cf. *supra*, n^{os} 99 et s.

270. — Les réserves remplissent le devoir d'information.

Il ne suffit pas de reconnaître le devoir d'information ni de dire en quel genre de faute il consiste (silence, réticence, etc.), il faut encore savoir comment on peut le remplir. Or, il nous semble précisément, en prenant argument de cette jurisprudence, que les réserves constituent, par excellence, le moyen d'information approprié aux situations plus ou moins floues où l'on va d'ordinaire rechercher les fautes d'abstention.

En effet, si les réserves ne donnent pas toujours des indications précises, elles détruisent néanmoins la solidité des apparences, elles suffisent en général à faire naître le doute dans l'esprit du partenaire. Pour s'en rendre compte, il suffit d'opposer les formules SOUS RÉSERVES et SANS RÉSERVES.

En ce sens, on peut dire que la réserve opposée à une sollicitation constitue une véritable réponse, réponse qui n'est peut-être pas utilisable, pour autrui, mais qui reste utile dans la mesure où elle lui évite de se méprendre sur nos intentions, nos droits, notre comportement. Le destinataire des réserves (l'auteur de la sollicitation) n'acquiert aucune certitude en les recevant, mais il est désormais averti ; et chacun sait qu'un homme averti en vaut deux : l'erreur, de bonne foi, ne lui est plus permise.

271. — Par conséquent, nous retiendrons au rang des effets de la réserve qu'elle est suffisante en droit :

1° pour détruire les apparences trompeuses, et dégager ainsi notre responsabilité en satisfaisant à notre rôle d'informateur dans les rapports juridiques ;

2° pour améliorer notre position judiciaire et nous apporter le bénéfice de la bonne foi, dans les relations avec autrui. En effet, les réserves constituent une réponse, et donc la preuve d'une certaine diligence dans la situation en cours.

C. — *Les réserves impliquent enfin une volonté conservatoire.*

272. — Nous venons de dire que la réserve, à l'opposé du silence, évoque et affirme des possibilités. Il serait insuffisant de s'en tenir à ce résultat. En effet, il existe de nombreux actes dans lesquels l'agent énonce certains droits afin de mieux s'en détacher : indépendamment de tous les actes translatifs et de toutes les opérations de cession, nous voulons parler des RENONCIATIONS ou actes unilatéraux d'abdication.

273. — Evoquer pour retenir.

A l'inverse, dans les RÉSERVES, l'individu évoque des droits, ou des éléments de droit, ou des facultés dans le seul but de les conserver dans son patrimoine.

274. — Etymologie.

L'étymologie du mot plaide en ce sens : RE-SERVATIO, c'est-à-dire la chose retranchée, mise à l'écart des fluctuations actuelles, en vue d'une utilisation ultérieure.

275. — On peut s'interroger sur la légitimité de ce procédé, sur la valeur de cette utilisation unilatérale du temps en matière de rapports juridiques. En fait, la fonction conservatrice des réserves tient aux caractéristiques que nous venons de définir dans les paragraphes précédents :

— on peut conserver un droit que l'on n'a pas encore utilisé (état de non-volonté actuel envers autrui) ;

— on peut utiliser tardivement ce droit à condition de ne pas nuire à autrui (évocation de ce droit en temps utile).

276. — L'effet fixateur.

Ces conditions posées, aucun obstacle [99] ne s'oppose à l'effet conservatoire des réserves. Selon les circonstances, les réserves soustraient une faculté, un droit, une action, une liberté à l'emprise de la situation présente, c'est-à-dire à toutes les déchéances possibles qu'elles résultent des systèmes d'interprétation (renonciation tacite, acquiescement apparent et autres fins de non-recevoir) ou simplement du temps perdu (détérioration de la position judiciaire, responsabilité dans l'inaction). Ainsi conçue, la fonction conservatrice des réserves résulte du principe : « jura vigilantibus prosunt ». Tant sont variées les modalités des réserves, et si général est leur domaine, qu'elles semblent en définitive, et par rapport à l'évolution, posséder un *effet fixateur* dans l'ensemble de la situation. Elles paraissent prendre date, ou plutôt prendre acte d'une sollicitation pour conserver, dans leur ensemble, la pleine efficacité de toutes les réponses actuellement possibles.

C'est alors que réapparaît leur véritable nature : elles sont une *attitude conservatoire*.

277. — Il serait très difficile de s'aventurer plus loin en ce domaine, sans entrer dans l'analyse des solutions de détail [100]. Pour plus de précision, on se reportera à l'examen de la jurisprudence entrepris au début de cette seconde partie : dans la plupart des espèces [101] se trouve affirmé le rôle conservatoire des réserves pures et simples.

---

99. Sous réserve de ce qui sera dit plus bas, n° 278.

100. Les solutions propres à chaque espèce restent en marge d'une « théorie générale des réserves et des protestations ».

101. Cf. *supra*, nos 204 et s.

278. — La sanction de l'effet des réserves.

Toutefois, une remarque s'impose encore : les réserves portent sur les éléments intellectuels des droits ; par conséquent, leur force conservatoire ne s'impose pas « de facto » à autrui qui peut les accepter (d'où le contrat de réserves) ou les méconnaître : elles n'emploient aucun moyen de coercition ni d'intimidation. Au contraire, les actes conservatoires, au sens strict, possèdent des effets beaucoup plus directs, et presque matériels (ainsi l'inventaire, les scellés, la saisie-arrêt, le référé, etc.).

On comprend dès lors, que l'efficacité des réserves méconnues par leur destinataire, se manifeste exclusivement lors du débat judiciaire où le juge déterminera en définitive la portée que cette attitude a eue, ou aurait dû avoir [102].

II. — *Effets de la réserve à l'égard de leur destinataire.*

279. — Il convient maintenant de changer de camp et d'évaluer les incidences des réserves sur celui qui les reçoit. On se contentera de reprendre l'exposé précédent, et de le traiter brièvement, en opposition.

A. — *Les réserves ne modifient pas la situation juridique du destinataire.*

280. — L'état de non-volonté joue, ici, à double sens : ne créant pas de lien de droit au profit de l'auteur des réserves, il n'en crée pas non plus au détriment de leur destinataire. Celui-ci conserve donc son entière liberté d'action et il peut, s'il le désire, développer, modifier, restreindre, son initiative. Nous avons vu à cet égard que la réserve n'interrompait nullement les relations entre individus, et que, souvent, elle établissait un climat de nature à favoriser les tractations.

281. — Les réserves circonstancient la sollicitation.

Que devient la sollicitation qui a provoqué les réserves ? Elle ne reçoit en effet, aucune réponse directe ; elle ne trouve en cette attitude aucun élément lui permettant, soit de disparaître (refus), soit de devenir le support de liens juridiques conventionnels (acceptation), ou judiciaire (contestation). Le maintien ou le retrait de la sollicitation reste donc le fait personnel de son auteur. Toutefois, l'hypothèse de retrait en présence de réserves pose certains problèmes qu'il faut résoudre selon la nature de la sollicitation. S'il s'agit d'une offre, les règles nor-

102. On rapprochera ces lignes de celles où nous posions la question : « La réserve est-elle une attitude juridique et, donc, protégée ? », cf. n° 28.

males doivent s'appliquer en tenant compte de cette circonstance : la réserve ne permet pas de présumer un refus, elle manifeste un certain intérêt [103] ; par conséquent, la preuve d'un retrait prématuré ou abusif en sera facilité. S'il s'agit d'une provocation, d'un empiètement, d'un fait préjudiciable, la réserve sans être une contestation actuelle détermine cependant les positions respectives des parties et contribue à fixer l'étendue de la responsabilité.

On peut donc dire que si la réserve ne modifie la situation juridique, elle tend à fixer la qualité des individus en présence ; d'une part le sollicitant, et de l'autre, le sollicité ; de ce fait, elle entoure la sollicitation de circonstances qui peuvent éventuellement se révéler utiles lors du débat judiciaire.

Les atteintes à la situation juridique auront été le seul fait du sollicitant, et sans adhésion du sollicité qui s'est contenté d'affirmer son absence de volonté.

B. — *La réserve exclut toute interprétation du comportement de son auteur.*

282. — Les réserves juridiques comportant nécessairement une déclaration, constituent pour leurs destinataires, une *norme indubitable* [104] ; elles notifient à la fois une absence de volonté, créatrice d'effets de droit, et une volonté conservatoire, qui triomphent de toutes les apparences équivoques d'où l'on infère généralement les volontés tacites.

Le système d'interprétation des comportements ne possède qu'un caractère subsidiaire : il n'est licite que dans les hypothèses où l'individu omet de déclarer ses états de volonté. Lorsque, au contraire, l'individu prend la peine d'informer les tiers de son attitude, cette information s'impose en priorité et doit être respectée en vertu du principe de la volonté interne.

Par conséquent, le destinataire des réserves ne pourra pas ultérieurement tirer argument d'une volonté apparente ou d'une renonciation tacite, qui, toutes deux, s'effacent devant la réserve déclarée.

283. — Quelle est alors la situation du destinataire des réserves ?

Il est informé, c'est-à-dire qu'il se trouve mis en garde, prévenu que son intervention n'est pas tombée dans l'indifférence et peut donner lieu à une volonté concordante ou contraire.

---

103. V. précédemment n° 218.

104. C'est-à-dire un élément régulateur de la situation juridique.

Si l'agent méconnaît cette information, s'il passe outre, il prend, sans aucun doute, des risques que l'on pourrait attribuer, en termes judiciaires, à la mauvaise foi.

284. — Les réserves sont une date dans l'évolution des rapports juridiques.

Ces considérations prennent une importance particulière en matière de contestation. On sait, en effet, que la contestation ne naît pas nécessairement d'un bloc ; elle s'insère souvent dans les rapports juridiques à l'occasion de quelque fait secondaire, puis elle progresse par étapes pour arriver à l'opposition complète des prétentions respectives. La réserve ou la protestation, représente souvent l'étape décisive que, par précaution, l'un des individus signifie à son partenaire : elle indique alors la préparation d'un terrain où peut encore se former l'accord mais où pointe également une opposition virtuelle. Si l'on veut, dans ces situations, il arrive souvent que l'intérêt, pour agir [105] en justice, ne soit pas évident, ou encore trop mince. Le titulaire du droit menacé, ou celui qui prévoit un enchaînement d'événements préjudiciables peut, hors de toute action, formuler des réserves à seule fin d'inciter le juge — lorsque le litige sera réellement né — à se placer à l'époque des réserves pour mieux apprécier la faute, le risque, l'abus et la responsabilité de leur destinataire.

285. — En définitive, on peut résumer cette question de la manière suivante : les réserves ne produisent pas de modifications immédiates dans la situation juridique du destinataire, mais elles constituent une *information certaine* qui exclut toute interprétation et qui, en précisant la position réelle des individus en cause, requiert une diligence accrue dans les tractations à venir. On voit que la réserve n'a pas d'effets directs à l'égard du destinataire, parce qu'elle reste une déclaration unilatérale ; mais elle constitue un fait, un élément dans les rapports de droit (la connaissance de l'attitude du protagoniste) qui s'impose à titre de réalité objective, dont finalement il faut bien tenir compte.

286. — Situations où les réserves sont inefficaces.

On ne saurait conclure ce chapitre sans envisager brièvement l'aspect inverse du problème que nous venons de traiter : l'INEFFICACITÉ totale des réserves en certaines hypothèses. Ces hypothèses peuvent se grouper en trois catégories qui, chacune, procèdent en fait du défaut d'un des éléments intrinsèques de

105. Sur l'intérêt pour agir en justice, voir Glasson et Tissier. Procédure civile, t. I, p. 439 et s.

la réserve : ainsi l'inefficacité apparaîtra, soit parce que le choix d'une attitude individuelle est impérativement limité à deux termes (OUI ou NON), soit parce que l'appropriation du temps est exclue, soit encore parce que la volonté n'a aucun rôle à jouer.

287. — Cas où la loi n'a prévu qu'une option à deux termes.

Dans la première catégorie, on rangera toutes les situations où l'individu ne peut intervenir que dans certaines voies prédéterminées par la loi. L'exemple le plus frappant est celui du déclinatoire de compétence.

Il est inutile de faire des réserves sur la compétence d'un tribunal [106] ; il faut soit reconnaître cette compétence, soit la décliner, et même depuis les textes récents, indiquer la juridiction devant laquelle on entend porter le débat. Il s'agit, selon l'expression technique, du contredit. L'option de l'héritier obéit à des règles voisines, bien que le choix existe entre trois options : OUI, NON, ou l'acte conservatoire d'inventaire dont les formes sont lourdes et coûteuses — les réserves simples sont exclues [107].

288. — Cas où la loi enferme l'option dans un délai.

Dans la seconde catégorie, on retiendra l'inefficacité des réserves qui prétendraient proroger les délais. L'appropriation du temps ne se conçoit qu'à l'intérieur des délais et prescriptions légales qui relèvent de la « police juridique [108] ».

289. — Cas des dispositions légales impératives.

Dans la troisième catégorie, figureront toutes les situations où un individu élève des protestations et des réserves lorsque sa volonté est hors de cause. Ainsi, les réserves opposées à l'autorité de la chose jugée [109], aux voies d'exécution, ou aux mesures de coercition ne donnent évidemment aucun résultat.

---

106. Cass. req. 1er juin 1891, S. 92.1.129 et D. 93.1.428 et encore D. 93.2.367.

107. Cf. Baudry Lacantinerie, *Successions*, t. II, nos 1030 et s.

108. L'expression se trouve dans une note de M. Donnier, J.C.P. 1959.11.091. Elle est attribuée à Josserand.

109. Cf. par exemple, Cass. civ. 17 octobre 1894, S. 1894.1.488 « ... ces réserves dénuées de toute valeur ne sauraient avoir pour effet de conférer au débiteur saisi des facultés que lui interdisent les dispositions formelles de la loi... »

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

290. — Les réserves dans l'inaction se présentent — nous venons de le voir — sous un jour assez simple à condition de respecter leur substance psychologique : elles constituent une attitude première de l'individu face aux sollicitations extérieures, attitude qui a le mérite, en droit, d'échapper aux combinaisons d'une psychologie trop approximative pour être sûre (interprétation) et d'une logique trop sommaire pour être juste (cohérence).

291. — Par un curieux paradoxe, les réserves d'un individu, en prouvant son absence de volonté actuelle, contribuent à l'autorité de sa volonté dans ses interventions ultérieures ; en écartant les volontés douteuses, les réserves rétablissent l'importance de la volonté réelle. A cet égard, on peut dire que la réserve trouve des arguments dans la théorie de l'autonomie bien comprise, c'est-à-dire amputée des conséquences hyperboliques que l'esprit classique lui a trouvées [110].

Les réserves dans l'inaction, c'est donc : *ne rien faire et le faire savoir.* Ce résultat peut sembler faible. Nous ne sommes pourtant pas éloignés de penser devant la raideur des rapports juridiques, que la déclaration de non-volonté en tant que réponse à une sollicitation, a finalement autant d'intérêt que la déclaration de volonté elle-même. Certes, la réserve n'est pas une arme définitive dans la vie sociale, elle représente tout de même un moyen de protection, un sursis, une adaptation réfléchie.

292. — On notera, d'autre part, qu'il existe, en matière juridique, un lien constant entre l'information et la conservation des droits [111]. La réserve établit ce lien ; elle révèle à autrui

110. Cf. Gounot, *Théorie de l'autonomie*, p. 201 et s. : « autant sont respectables les volontés réelles, autant les volontés fictives le sont peu »

111. Par exemple, la publicité des hypothèques, et la solennité des actes conservatoires.

l'éventualité d'une intervention tardive. On peut alors se demander, si en définitive, les réserves ne doivent pas être envisagées surtout comme des preuves, preuves de non-volonté, preuves de l'information effectuée envers autrui.

Ainsi s'expliquerait que, comme toutes les preuves, leur utilité ressorte surtout lors du débat judiciaire.

Quoi qu'il en soit, la réserve correspond à un mode d'adaptation très particulier qui porte l'individu à imposer dans les circonstances actuelles le recours au temps et à sa personnalité (conservation et volontés virtuelles). Il fait ainsi preuve d'autonomie dans la gestion de sa propre situation juridique.

293. — Une étude méthodique exige que l'on progresse du plus simple au plus complexe. Nous ne procéderons pas autrement. Délaissant désormais l'hypothèse facile des réserves pures et simples, nous allons maintenant aborder le domaine des attitudes composées, c'est-à-dire, celui des réserves dans l'action.

TROISIEME PARTIE

LES RÉSERVES DANS L'ACTION

LES RESERVES DANS L'ACTION

294. — Dans la partie précédente, il a déjà fallu nous livrer à un examen attentif pour distinguer la réserve des autres formes de l'inaction. Nous avons dû, pour déterminer ses effets propres, la confronter avec d'autres comportements mal définis tels que le silence, la passivité, l'indifférence, etc.

295. — Incertitudes de la jurisprudence en cette matière.

Dans l'hypothèse actuelle[1], les réserves constituent une attitude composée dont le rôle et — pourrait-on dire la légitimité soulèvent des problèmes plus délicats encore. Ces problèmes qui, en pratique, se sont posés devant les tribunaux, n'ont trouvé jusqu'à présent que des solutions partielles. En rapprochant ces solutions et les brèves notes que les commentateurs d'arrêts leur accordent, on retire l'impression d'un gigantesque chaos où le contradictoire le dispute à l'empirique, où parfois aussi prévaut le bon sens.

Or, le bon sens, lui-même, aussi précieux soit-il, et à supposer qu'il soit bien partagé, ne saurait constituer un argument, ni une technique juridique : il ne donne pas la raison de la validité ou de l'inefficacité des réserves dans l'action.

296. — A la recherche d'une solution d'ensemble.

Nous sommes cependant convaincus qu'en utilisant les données élaborées dans la première partie de cet ouvrage, il est possible de tenir un raisonnement cohérent pour l'ensemble de ce problème.

Dès lors, nous nous efforcerons d'exposer une ligne de pensée aussi concise et aussi claire que possible comme nous y incite le titre de cette thèse (Théorie générale des réserves et des protestations).

---

1. Le titre « Les réserves dans l'action » se prête à une ambiguïté. Précisons immédiatement qu'il ne s'agit pas seulement de l'action au sens étroit, de l'action devant les tribunaux. Cf. *infra*, n° 299.

En revanche, il nous faut, au départ, renoncer à inventorier systématiquement le domaine infini de toutes les réserves conjuguées avec tous les actes de la vie juridique. On trouvera des idées directrices et peu de solutions de détail.

297. — Nous commencerons par poser le problème particulier des réserves dans l'action pour éprouver la valeur de la règle « Protestatio non valet contra factum » qui prétend régir cette matière (chapitre I).

Dans le chapitre II, nous verrons les insuffisances de cette règle et nous nous efforcerons de la compléter ou de la remplacer par des solutions rationnelles.

Ensuite, nous approfondirons les résultats de ces recherches en consacrant le chapitre III aux réserves qui sont la *condition de l'action,* et le chapitre IV aux réserves qui apparaissent comme le *complément de l'action.*

CHAPITRE I

LE PROBLEME DES RESERVES DANS L'ACTION

298. — Réserve ou protestation ?

En préliminaire, deux remarques de terminologie s'imposent. On utilise fréquemment le terme de Protestation — que nous avons quelque peu négligé jusqu'ici — pour désigner le cas particulier des réserves dans l'action. Les protestations évoquent plutôt une certaine contrariété entre les apparences, des faits, et une intention ; et, à cet égard, ce mot paraît bien convenir au problème que nous traitons. Cependant, il nous semble que ce terme garde un caractère péjoratif : on dit volontiers d'un individu en difficulté qu'il fait toutes sortes de protestations, ce qui, en mauvaise part, ne correspond pas à une attitude très réaliste. Nous ne pensons donc pas qu'il y ait lieu d'établir une distinction profonde entre réserves et protestations.

299. — Sens de l'expression : « les réserves dans l'action ».

Dans le même ordre d'idée, on observera que nous avons choisi une expression très générale — les réserves dans l'action — que nous préférons à celle « des actes sous réserve ».

En effet, lorsque, en droit, on parle d'acte, on risque d'évoquer l'acte juridique. Or, il est certain que notre sujet dépasse de beaucoup le domaine assez étroit de l'acte juridique proprement dit.

Au contraire, l'action représente, comme nous allons le voir, l'ensemble des initiatives que l'individu peut prendre et tempérer par des réserves.

Section I. — *Le problème théorique.*

300. — « La cause, l'origine, l'élan vital de toute action, de toute activité constructive ou destructive me paraît toujours

le contact dynamique entre deux êtres humains. Qu'un certain contact s'établisse entre les hommes, et c'est la guerre. D'une autre sorte de contact est né la construction d'une cathédrale au Moyen-Age [2]. »

Cette citation illustre bien l'esprit dans lequel nous entendons poser le problème de l'action et des réserves. A notre avis, en effet, l'action, quelle qu'en soit la nature, *sous-entend nécessairement* un contact entre les individus. En agissant, nous nous adressons ipso facto, au monde extérieur ; agir, c'est toujours entreprendre une transformation du milieu ambiant, et atteindre autrui dans ce milieu. Nous retrouvons ici toutes les idées que nous avons exposées dans l'introduction et que l'on peut résumer en deux expressions : l'interdépendance des hommes, et le partage mouvant du monde entre les individus.

301. — L'action implique une attitude.

L'action suppose donc la création de rapports sociaux, et elle constitue par elle-même une attitude : l'individu sort de lui-même, il entreprend une démarche vers l'extérieur ; il fait sien le OUI dans la mesure où cette affirmation indique une adaptation aux circonstances externes, et une volonté d'intervention. Mais l'action peut aussi bien s'engager dans le sens contraire, c'est-à-dire par un NON, et livrer bataille aux initiatives d'autrui pour les détruire ou pour rompre les rapports existants.

Dans tous les cas, l'activité crée, modifie, ou rompt les relations avec autrui ; elle change la situation existante.

302. — La réserve est une attitude qui exclut l'action.

Au contraire, la réserve tend à conserver intact l'état de chose présent : elle constitue une attitude neutre envers autrui, attitude qui s'inscrit dans le temps et dont le but consiste précisément à exclure toute espèce de modification. Se réserver, c'est se replier sur soi-même sans aucune participations aux mouvements externes.

303. — Les réserves dans l'action conduisent à une contradiction.

Une action accompagnée de réserves paraît donc, à priori, une contradiction sur le plan des rapports sociaux. On agit ou l'on se réserve en n'agissant pas ; mais l'on ne saurait à priori, entreprendre une activité en rejetant au départ l'effet ou les conditions de cette activité.

Par conséquent, les réserves dans l'action, ou l'action sous

---

2. D.H. Lawrence, *La Coccinelle*, p. 196, N.R.F.

réserves aboutissent *dans le présent* à UN CONFLIT D'ATTITUDES CONTRADICTOIRES, que l'on peut schématiser par l'existence simultanée chez un individu d'un état de volonté (action), et d'un état de non-volonté (réserves), dont les effets s'annihilent mutuellement. Sur ce point, la question paraît résolue.

304. — Cette contradiction disparaît avec l'intervention du temps.

Cependant, les réserves dans l'action peuvent prendre un autre sens : on peut agir dans une direction (le OUI, par exemple) en se *réservant d'agir ultérieurement* dans la direction contraire (Le NON).

Nous savons effectivement que la réserve est une valeur logique *dans la durée, par utilisation du temps* [3], et nous avons vu que des volontés actuelles et virtuelles peuvent fort bien s'inverser au cours du temps chez un même individu.

On peut donc dire que les réserves jointes à l'action sont parfaitement compréhensibles lorsqu'elles ont trait à l'avenir. On notera seulement que si les réserves ne font qu'énoncer une possibilité logique et réelle, elles ne sont pas absolument indispensables : elles correspondent tout simplement à une certaine manière d'envisager l'avenir, manière que l'on a la courtoisie de signaler à son entourage, mais qui ne conditionne pas vraiment notre comportement futur [4].

305. — La solution dans les rapports sociaux.

Faisons le point. Dans les rapports sociaux, en général, la réserve apparaît *soit* comme une contradiction (conflit d'attitudes) lorsqu'elle vient démentir une action actuelle, *soit* comme une simple précaution dans la mesure où elle énonce, *pour l'avenir,* la liberté de notre comportement que rien, en principe, ne doit restreindre puisque — répétons-le — il ne peut pas y avoir logiquement de conflit d'attitude dans le temps.

306. — Le problème se pose différemment dans les rapports juridiques.

Et maintenant, voyons le problème dans le cadre des rapports juridiques.

Les rapports juridiques, en effet, sans être d'une autre essence que les rapports sociaux, ont cependant une substance

3. Cf. nos 127 et s.

4. Il faut comprendre ici, que aucune raison logique et abstraite n'empêche l'individu d'évoluer, c'est-à-dire d'adopter successivement deux attitudes différentes. En réalité, il en va autrement : l'instabilité d'un comportement est toujours un facteur asocial (cf. nos 173-175 et 179).

très différente : ils imposent LA COHÉRENCE absolue des comportements DANS LE TEMPS [5]. Il ne faut donc plus examiner les réserves dans l'action comme un fait réel relevant de la logique pure, mais comme un fait juridique soumis à la logique sommaire et intemporelle du droit.

307. — La solution dans les rapports juridiques selon l'esprit classique.

Dès lors, la solution paraît devoir être la suivante :

1) Les réserves dans l'action, réserves tendant à démentir actuellement cette action, constituent un conflit d'attitudes contradictoires. Elles sont inadmissibles, et, sur ce point, il y a identité entre la solution en matière de rapports sociaux et celle des rapports juridiques.

2) Les réserves dans l'action, réserves concernant seulement l'avenir, *opposent, dans le temps, deux attitudes,* et, de ce fait, ne sont pas compatibles avec le Principe de Cohérence. Ici, la solution juridique ne correspond pas à celle qu'admettent les rapports sociaux.

On voit ainsi que les exigences du droit paraissent conduire à l'exclusion systématique de toutes les réserves dans l'action. C'est du moins le résultat auquel parvient une stricte application de la logique juridique et du principe de cohérence.

308. — Les exceptions.

Cependant, il faut déjà noter deux exceptions certaines.

Il s'agit :

— du cas où les réserves dans l'action sont prévues par la loi elle-même ; ainsi l'article 105 du Code de commerce (réserves à la livraison), l'article 1285 (réserves dans la remise de dette), l'article 1910 (quittance sous réserve des intérêts), etc.

— et encore du cas où les réserves recueillent l'agrément du partenaire juridique ; les réserves constituent alors une simple pollicitation dont l'efficacité provient du consentement mutuel des intéressés.

309. — Recherche d'une solution générale plus nuancée.

Il est évident que si la solution du problème des réserves dans l'action pouvait être aussi radicale et se limiter à deux exceptions, notre étude s'achèverait ici. En fait, il est à peine besoin de dire que nous n'en serions pas satisfaits et que nous n'aurions pas intégralement rendu compte du droit positif.

---

5. Cf. nos 174, 182 et s. Le principe de cohérence. Tout au moins les rapports juridiques écartent les changements d'attitudes préjudiciables aux tiers.

Cette solution peut séduire par sa simplicité et sa clarté ; elle traduit, dans une certaine mesure, la méfiance, la désapprobation, voire le désintérêt que les réserves, en tant qu'attitude composée, suscitent chez les juristes. En tout cas, elle est illustrée par deux maximes fameuses qui tiennent souvent lieu de règle à penser en cette matière : « Protestatio non valet contra factum », et « protestatio non valet contra actum ».

Nous allons donc étudier ces maximes qui représentent l'application aveugle des raisonnements que nous venons de tenir. Puis, nous verrons leur précarité et leur insuffisance.

Section II. — *Les maximes « Protestatio non valet contra factum* [6] *» et « Protestatio non valet contra actum ».*

310. — Ces maximes, toutes auréolées de leur aspect latin, ou du moins, médiéval, prétendent tenir lieu de doctrine. Or, selon Gounot, rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore : « Elle se cristallise en ces formules toutes faites, ces brocards admis sans examen, qui ne sont le plus souvent que des résidus simplistes de spéculations et de controverses antérieures, mais qui apparaissent bientôt, parce qu'on en oublie l'origine et qu'on les redit machinalement, comme aussi inébranlables et aussi évidents que les axiomes des sciences mathématiques. Bien plus, un jour vient où on finit par voir en eux des principes premiers de la raison, des affirmations immédiates de la conscience humaine, et par en faire des principes fondamentaux du droit naturel [7] ».

311. — Nous ne saurions mieux exprimer la méfiance avec laquelle il convient d'accueillir ces maximes dont effectivement nous n'avons jamais pu trouver, nulle part, la moindre justification doctrinale [8]. C'est pourquoi, nous avons commencé par exposer, dans la section précédente, la théorie qui peut expliquer la règle « Protestatio non valet contra factum », théorie qui — notons-le — n'est nullement implicite dans l'affirmation brutale de la maxime elle-même.

Mais nous aurions tort de chercher plus longtemps querelle

---

6. Ces maximes sont citées un peu partout. On les trouve chez Jouanneau « Maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire », n° 3051, « La protestation ne vaut pas contre le fait, ou contre l'acte ».

7. Gounot, *Théorie de l'autonomie de la volonté*, p. 11.

8. La tentative d'explication rationnelle, basée sur le principe de cohérence, que nous avons proposée dans la section précédente, est uniquement le fruit de nos propres réflexions.

à ces brocards : acceptons de les examiner tels qu'ils sont, c'est-à-dire comme des données premières — les seules que nous ayons trouvées au cours de nos recherches — données peut-être irréfléchies, mais respectables dans leur ancienneté.

A. — *La protestation — (ou la réserve) — ne vaut pas contre l'acte.*

312. — Voilà une formule qui semble, à priori, d'une concision et d'une clarté remarquables.

Cependant, de nombreux éléments font défaut pour en permettre une appréciation exacte : quelle protestation d'abord ? S'agit-il d'une protestation antérieure, postérieure, concomitante à l'acte ? La protestation concerne-t-elle l'efficacité actuelle de l'acte, ou réserve-t-elle seulement une possibilité d'intervention contraire à l'acte, pour l'avenir ? (Conflit immédiat d'attitudes ou conflit d'attitudes dans le temps ?)

Quel acte ensuite ? L'acte est-il atteint dans tout son contenu, ou seulement dans une partie de ses effets ? (acte simple ou acte complexe ?)

313. — Portée de cette maxime.

Il est inutile de chercher à lire entre les mots ; la plus belle maxime du monde reste toujours incomplète, d'autant plus incomplète qu'elle est catégorique. Dans ses termes, il semble bien que la règle « Protestatio non valet contra factum » écarte toutes les réserves dans tous les actes. Laissons les aspects négatifs, et voyons les éléments utiles que l'on peut en tirer.

A notre avis, deux points sont à retenir :

1) La règle « Protestatio non valet contra actum » fait une application absolue du principe général de cohérence, tel que nous l'avons décrit dans la section précédente (la protestation ne vaut pas *contre* l'acte).

2) Elle tranche un point que nous avions laissé en suspens : dans un conflit d'attitudes, quelle est celle qui doit s'effacer ?

En effet, traditionnellement, la contradiction entraîne l'inexistence ; par conséquent, on aurait pu penser que l'état de non-volonté (exprimé dans la protestation), contredisant la volonté de l'acte, l'ensemble de l'opération était nul.

Si l'on avait voulu écarter ce résultat, on aurait pu encore concevoir que la réserve invalide la volonté de l'acte et que, dès lors, on ait affaire à une réserve pure et simple (en ce sens, OUI sous réserves, revient à une réserve) [9].

Mais c'est la troisième solution que consacre la maxime :

9. Cf. *supra*, n° 142.

la protestation ne peut rien contre l'acte, c'est-à-dire que l'acte subsiste au détriment de la protestation. Sur ce point, il existe une autre maxime latine plus explicite encore : « Protestatio actui contraria inutilis est, et nihil opératur ».

B. — *La protestation (ou la réserve) ne vaut pas contre le fait.*

314. — Cette maxime est encore plus générale, que la précédente.

Ici, il ne s'agit plus d'un acte, mais simplement des faits imputables à l'individu. La distinction entre les mots « actum » et « factum », tels qu'ils apparaissent ici, n'est sans doute pas considérable. Dans les deux cas, c'est l'activité de l'individu qui se trouve en cause. Néanmoins, dans la mesure où l'acte semble impliquer une opération réfléchie, le fait, au contraire, embrasse tous les comportements juridiques, y compris ceux qui ne comportent pas de déclaration de volonté.

315. — Elle consacre les systèmes d'interprétation dans leur application la plus stricte.

Dès lors, la règle « Protestatio non valet contra factum » consacre non seulement le principe de cohérence, mais encore les systèmes d'interprétation.

En effet, le fait, et surtout le fait juridique, n'a pas d'intérêt lui-même, tant qu'il reste un simple phénomène, c'est-à-dire tant qu'il n'a pas été interprété. Par conséquent, il serait illusoire de dire que la protestation ne vaut pas contre le fait objectif ; en réalité, elle ne vaut pas contre l'interprétation du fait.

Dans ces conditions, la portée de la règle ne peut être que la suivante : la réserve, c'est-à-dire l'attitude déclarée par l'individu, ne doit pas contredire l'attitude que les tiers peuvent déduire de son comportement.

316. — Elle exclut toutes les réserves.

En d'autres termes, entre « l'attitude adoptée par l'individu » et « l'attitude définie par les tiers [10] », la préférence du Droit va à la seconde. On pourrait, par conséquent, substituer à la règle « protestatio non valet contra factum », cet impératif absolu : « ne tenez jamais compte des réserves d'un individu qui agit ; seule son action importe ».

On retrouve ainsi la combinaison des systèmes d'interprétation et du principe de cohérence, combinaison dont nous avons déjà dénoncé les abus. Mais ce n'est pas le moment d'apprécier la valeur de ces maximes ; il convient seulement pour l'instant de noter leur existence, de mesurer leur portée, et enfin de recher-

10. Sur le sens de ces expressions, voir *supra*, n° 32.

cher leur application dans le droit positif. C'est ce dernier point qui va maintenant retenir notre attention.

Les applications de la règle dans le droit positif.

317. — On notera que les juristes font rarement appel, sous une forme expresse, à la règle « Protestatio non valet contra factum ». Ils se contentent, en général, d'en consacrer l'application en ayant directement recours au Principe de Cohérence. Ainsi, on évoque le plus souvent le caractère « contradictoire » des réserves pour en déclarer la nullité.

317 bis. — Nous allons donc examiner quelques décisions de la Cour de Cassation qui, bien groupées, pourraient donner l'illusion d'une jurisprudence parfaitement stable et établie depuis longtemps.

318. — *Cass. 28 juillet 1829* [11]. En l'espèce, un héritier attaquait, comme faite en fraude de ses droits, la vente d'un immeuble de la succession. Cette vente avait été consentie par son cohéritier, et sans la participation du plaignant.

Cependant, ce dernier en avait poursuivi l'exécution lui-même, *en prenant soin de tempérer ses poursuites par des réserves* et des protestations précises. Il obtint gain de cause devant la Cour d'appel, mais la Cour de cassation déclara finalement son action irrecevable au motif que : « vainement, la Cour Royale d'Agen s'est fondée sur ce que des réserves et des protestations multipliées, principalement à la date de 1819, 1820 et 1821, ne laissaient aucun doute sur la volonté de D. de ne point se lier à l'acte de vente, et qu'elles l'avaient ainsi maintenu dans ses droits d'en demander la nullité ; qu'il est de *principe consacré, tant par l'ancienne que par la nouvelle jurisprudence,* que *des réserves et des protestations* contre un acte que l'on exécute spontanément [12] et que l'on pouvait, dès lors, se dispenser d'exécuter, SONT SANS FORCE ET SANS EFFICACITÉ, comme étant *inconciliables et incompatibles* avec l'exécution que l'on poursuit ; etc. »

Cet arrêt nous semble très important, malgré son ancienneté ; en effet, il tranche clairement et *au fond* le problème des réserves dans l'action.

---

11. S. 1829.1.338.

12. On peut déduire de cette phrase incidente, que, a contrario, les réserves faites lorsque l'on agit sous la contrainte d'autrui (droit potestatif) sont valables, comme nous l'avons exposé dans la seconde partie. Cf. nos 207 et s.

Il s'agissait de réserves *précises et répétées* correspondant à une intention certaine ; en outre, on y trouve les motifs (ceux de la cour d'Agen) qui pourraient raisonnablement conduire à la solution inverse. Enfin, la Cour de cassation évoque le principe de cohérence (réserves incompatibles et inconciliables avec le commandement) en indiquant qu'il s'agit d'une solution constante dans l'ancienne (la très ancienne pour nous) et la nouvelle jurisprudence.

319. — Il est à noter que, à la même époque (27 juillet 1829) [13], la Cour suprême avait retenu la même solution dans l'affaire que voici : dans un acte, un homme marié garantissait l'aliénation du bien dotal de sa femme. Il poursuivit l'exécution de cet acte, en formulant, cependant, des réserves, puis intenta une action en nullité. « Attendu, dit la Cour de cassation, que les demandeurs en exécutant les actes qu'ils avaient personnellement consentis, en faisant commandement de payer les sommes qui leur étaient dues en vertu de ces actes, étaient non recevables à les attaquer ; que c'est avec raison que l'arrêt a déclaré que leurs RÉSERVES ÉTAIENT IMPUISSANTES contres les actes formels d'exécution », etc.

320. — *Cass. 24 janvier 1872* [14]. Un syndic avait été nommé pour liquider une faillite. Il forma contre ceux qui l'avaient précédé dans cette tâche une demande en reddition de compte et en paiement des sommes reliquataires. Il obtint gain de cause devant le tribunal de Millau et la Cour de Montpellier. Ses prédécesseurs firent alors des offres réelles tout en déclarant que « le nouveau syndic ne saurait disconvenir que c'est contrairement au texte de la loi qui régit la faillite dont il s'agit, qu'il s'est arrogé le droit de poursuivre les syndics définitifs (eux-mêmes), lesquels ont seuls le droit et le pouvoir légal de représenter les créanciers en vertu du mandat qu'ils ont régulièrement reçu. En conséquence, le requérant, en sa qualité de représentant et mandataire des créanciers du sieur X., déclare PROTESTER, tant en son propre nom, qu'au nom des créanciers contre de telles poursuites. Cependant, comme il veut se soustraire à des frais vexatoires par le paiement des sommes qu'on lui réclame, ledit requérant, tout en maintenant sa protestation dans son intégrité, et en faisant, quant à ses droits toutes RÉSERVES afin de les exercer plus tard, comme il avisera, offre... etc. »

En présence de ces protestations et réserves, de nature, selon lui, à compromettre sa qualité, le syndic nouveau refusa les offres

13. S. 1829.1.337.
14. S. 1872.1.23 ; voir aussi Bordeaux, 12 juin 1870, S. 1870.2.272.

qui lui étaient faites. Sur ce, assignation en validité d'offres réelles devant le tribunal de Millau, qui statue ainsi : « Attendu que les RÉSERVES et PROTESTATIONS faites par X. dans son acte d'offre, SONT EN CONTRADICTION FLAGRANTE avec ses offres, les jugements et arrêt et l'exécution qui les a suivis, *qu'elles sont détruites par ces mêmes offres*, et ne pouvaient, sous aucun rapport produire aucun effet et être prises au sérieux... etc. déclare bon et valable l'acte d'offre dont il s'agit, etc. »

Un pourvoi en cassation fut formé, qui donna lieu à l'arrêt suivant : « ... attendu que ces réserves et protestations se trouvant en opposition directe avec l'arrêt en vertu duquel le défendeur était poursuivi, ne pouvaient produire aucun effet légal... *qu'elles tombaient devant l'offre même de paiement*... etc. »

Dans ces décisions, la Cour de cassation fait une application systématique de la règle « protestatio non valet contra factum » ; elle met en relief la contradiction entre la réserve et le fait ou l'acte, contradiction qu'elle tranche toujours au détriment de la réserve.

321. — On trouvera encore un exemple très clair dans l'espèce suivante : Requête, 14 avril 1899 [15].

Une veuve avait formé une demande en compte partage et liquidation de la communauté des biens ayant existé entre elle et son mari. Elle adjoignait à cette demande *la réserve de prendre parti, d'accepter ladite communauté ou d'y renoncer.*

Peu après cet acte, la veuve renonça effectivement à la communauté par une déclaration faite au greffe du tribunal, et modifia sa demande première pour obtenir seulement la liquidation de ses reprises.

Ses adversaires soutinrent qu'en s'immisçant dans la communauté par son assignation originale, la veuve avait perdu le droit de renoncer nonobstant la réserve.

322. — Le tribunal civil de la Seine rendit le jugement suivant :

« Attendu que la demande de la veuve... ne saurait être considérée comme un acte de disposition, *mais seulement comme une déclaration de volonté*, qu'il échet de considérer dans l'ensemble de ses termes, telle qu'elle a été formulée, c'est-à-dire *modifiée par les réserves* qui y sont expressément contenues ; ... par ces motifs, dit que par suite de la renonciation de la veuve à la communauté... il n'y a pas lieu de procéder à leur liquidation ».

15. D. 1899.1.402 et S. 99.1.439.

Ce jugement fait une analyse remarquable de l'acte sous réserve : il l'examine, tel qu'il est, c'est-à-dire comme une déclaration de volonté (ou, par suite de la réserve, de non-volonté) dont il convient de mesurer la portée globale.

Mais, ce sain raisonnement devait disparaître à mesure que l'affaire s'élevait dans les degrés supérieurs de juridiction. En effet, la Cour d'appel déclara que « l'acceptation de la communauté résulte de tout acte qui suppose nécessairement *l'intention d'accepter* » et sans noter que l'acceptation était en l'occurence singulièrement douteuse[16], annula la renonciation postérieure à la demande.

323. — Nous n'aurions pas pris soin d'exposer en détail cette affaire si elle ne devait pas éclairer d'un jour particulier l'attitude de la Cour de cassation devant les problèmes posés par les réserves. A cet égard, le rapport du Conseiller reproduit en marge de l'arrêt que nous allons étudier, se révèle particulièrement instructif. Ce rapport, après avoir examiné les deux thèses en présence, comme de coutume, pose nettement le problème : « Etait-il, dès lors, admissible que dans l'acte même où la dame L. demandait le partage de la succession et de la communauté, elle ait pu valablement introduire des réserves pour renoncer plus tard à cette communauté dont elle sollicite par la voie de la justice la liquidation ?

« Est-ce que la demande et la réserve peuvent se concilier ? »

Telle était effectivement la question qui appelait une solution de principe sur les réserves. A la fin de son intervention, le rapporteur penche pour la négative en considérant, curieusement, qu'il s'agit, en définitive, *d'une question de fait* : La Cour d'appel a estimé qu'il y avait une ACCEPTATION TACITE de la communauté par le seul fait de la demande de compte, et nonobstant les réserves contraires ; dès lors la Cour de cassation doit se tenir à l'écart de ces discussions de fait.

Qu'il nous soit permis de nous étonner : la solution préconisée par le rapporteur ressemble fort à une dérobade ; elle revient à opposer une fin de non recevoir pour tourner un problème d'essence purement juridique.

Il s'agissait de savoir si les juges du fait peuvent à bon escient dire que l'individu à TACITEMENT ACCEPTÉ alors qu'ils

16. La Cour ajoute : « en droit, ces réserves sont démenties par la nature même de l'acte ». On pourrait penser exactement le contraire ! « Cet acte est démenti par la présence de réserves formelles. »

constatent une DÉCLARATION FORMELLE DE NE PAS ACCEPTER. Autrement dit, peut-on affirmer, chez l'intéressé, une volonté tacite qu'il renie expressément ?

Nous ne voyons pas là une question de fait, mais plutôt un problème de technique juridique. D'ailleurs, tout à la fin de son exposé, le rapporteur signalait la difficulté aux magistrats de la Cour suprême : « Dans l'espèce, *et sans méconnaître ce que l'affaire peut avoir de délicat à cause des réserves formulées* par la demanderesse dans l'assignation, nous trouvons dans l'arrêt des constatations de fait qui nous paraissent de nature à justifier la solution intervenue ».

L'arrêt de la Cour de cassation se révèle, lui-même, très décevant, et s'abrite derrière le pouvoir des juges du fond en se contentant de faire, au passage, application du principe de cohérence : « Qu'en assignant ses enfants dans les conditions, susénoncées, et malgré les réserves insérées dans l'assignation, *réserves démenties par la nature même de l'acte* qui les contient, la veuve a fait acte d'héritière et ne pouvait plus, dès lors, renoncer valablement à la communauté qu'elle avait *ainsi acceptée*... etc. »

324. — Il ne s'agit donc pas de l'arrêt de principe que l'on aurait pu espérer, arrêt de principe qui, à l'heure actuelle, n'a toujours pas vu le jour sur cette question. On notera les fâcheux résultats d'une tendance au « juridisme » à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des instances juridictionnelles. Alors que le tribunal — peut-être parce qu'il est en contact plus direct avec les plaideurs — se refuse à admettre une acceptation tacite aussi invraisemblable que la réserve est formelle, au contraire, la Cour d'appel et la Cour suprême s'éloignent de la réalité pour raisonner sur des notions abstraites, des catégories, a priori, des équivalences toutes faites ; elles sanctionnent ainsi une volonté fictive et qui, en tout état de cause, n'a jamais existé que dans l'esprit des juges. Certes, dans l'exemple que nous avons examiné, la demanderesse ne savait peut-être pas très bien ce qu'elle voulait en assignant les héritiers, mais, en revanche, elle savait très bien ce qu'elle ne voulait pas (accepter la communauté), et c'est pourtant cette volonté dont on lui fait grief.

325. — On pourrait analyser quelques dizaines d'autres décisions intervenues dans le même sens. Pour abréger ces recherches, nous allons directement passer à l'examen d'une décision très récente qui établit la pérennité de cette jurisprudence.

Tribunal de Grande Instance de la Seine, 5 mai 1961 [17].

Dans l'espèce, le locataire d'un immeuble à usage commercial demandait le renouvellement du bail, ou à défaut le paiement d'une indemnité fixée dans l'exploit introductif d'instance à 100 000 NF. Cette demande était expressément formulée « sauf à parfaire », avec subsidiairement le concours d'un expert. La demande s'analysait donc ainsi : en premier chef, intention d'obtenir le renouvellement ; à défaut, l'octroi d'une indemnité dont le montant était indiqué *sous réserve* (« sauf à parfaire ») d'appréciation ultérieure et avec l'intervention éventuelle d'un expert.

Or, le propriétaire de l'immeuble offrit, dans ses conclusions en réponse à l'exploit introductif d'instance, le paiement de la somme de 100 000 NF. Le locataire prit alors une position assez maladroite, prétendant s'être trompé dans les chiffres de sa demande, et arguant plus sérieusement de sa réserve pour augmenter le chiffre de sa demande à 1 100 000 NF.

Le tribunal n'admit pas l'argument de l'erreur matérielle, ce qui au demeurant n'intéresse pas cette étude. Mais en se prononçant sur la réserve, les juges la déclarèrent inefficace : « Attendu, il est vrai... (que le locataire fait valoir qu'il a demandé)... cette indemnité SAUF A PARFAIRE ; *que toutefois, ces quelques mots ajoutés à la demande, n'y changent rien* ; qu'en effet, une demande peut toujours être majorée et une pollicitation retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée ; qu'en l'espèce, le locataire pouvait changer le chiffre de la demande, mais seulement tant qu'elle n'avait pas été acceptée... Attendu, en conséquence, qu'il y a entre les parties *échange de consentement* dans des circonstances qui mettent fin au litige... »

Le tribunal estime donc qu'une demande faite expressément sous réserve constitue une offre ferme susceptible de donner naissance à un véritable contrat qui s'établit ainsi contre la volonté de l'offrant. Cette décision ne mérite pas de très longs commentaires : elle escamote purement et simplement la réserve dans l'initiative du locataire, pour ne retenir que l'initiative. Cette solution est aussi simple qu'arbitraire : Protestatio non valet contra factum !

326. — Faiblesse de cette jurisprudence.

Bien entendu, cette démarche de l'esprit peut garder ses partisans : elle est non seulement rassurante, mais elle possède la redoutable efficacité d'un couperet : de toutes les déclarations, il suffit d'élaguer les réserves ou les protestations. Cependant, il

17. Gaz. Pal. 1961, nos 350 à 351, samedi, 16 décembre 1961.

convient d'en connaître les limites et les insuffisances. Dire que la réserve ne vaut jamais contre le fait ou contre l'acte, n'est-ce pas du même coup méconnaître quelque peu la réalité, dans la mesure où précisément la réserve constitue, elle aussi, un fait objectif ? N'est-ce pas simplement assurer le triomphe d'un fait sur un autre fait ? Et en vertu de quoi ?

Cet aspect de la question mérite réflexion et nous allons l'envisager dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

LES INSUFFISANCES DES MAXIMES RECHERCHE D'UN CRITERE D'EFFICACITE DE LA RESERVE DANS L'ACTION

SECTION I. — *Insuffisances des maximes : Protestatio non valet contra factum.*

327. — A la fin du chapitre précédent, nous mettons en doute le fondement même de la solution proposée par les maximes, et nous nous demandons s'il est vraiment légitime de préférer le fait de l'action, ou de l'activité, au fait de la réserve elle-même.

En effet, si l'on s'engage systématiquement dans cette voie, il faut bien admettre que l'acte, l'action d'un individu prévaudrait toujours sur ses déclarations. Du même coup, on assurera le triomphe du fait brut sur la pensée réfléchie, de l'interprétation sur la manifestation de la volonté, de l'apparence sur la vérité. Il n'est guère besoin de souligner que l'on parviendrait ainsi aux confins de l'absurde.

328. — Ces limites de l'absurde ont d'ailleurs été atteintes — on a pu l'observer — dans certaines décisions de jurisprudence parmi celles que nous avons examinées plus haut. Nous avons déjà signalé au passage les invraisemblances que comporte parfois la pensée des juges, et sans qu'il soit nécessaire d'en reprendre l'étude détaillée, rappelons toutefois les solutions les plus critiquables.

1) Dans un premier cas, une veuve fait une demande en compte de la communauté en réservant expressément sa faculté de renoncer ; et effectivement, elle refuse la communauté peu après.

La Cour d'appel et la Cour de cassation déclarent néanmoins que *la veuve a tacitement accepté.*

2) Dans un second cas, un plaideur formule une demande accessoire d'indemnité, en indiquant *sous réserve* un chiffre et en proposant un recours à l'expertise. Le tribunal de Grande Instance n'hésite pas à affirmer qu'il s'agit d'une offre ferme !

On trouverait assurément, si besoin en était, nombre de décisions aussi peu logiques. Mais il serait bien vain de pourchasser l'absurde dans la jurisprudence ; il nous suffit de constater que l'application aveugle de l'adage « Protestatio non valet contra factum » peut y conduire.

329. — L'appréciation personnelle des actes.

On ne voit pas, en fait, pourquoi on refuserait toujours à l'individu la faculté de donner son appréciation sur ses propres actes, et d'énoncer la nature de son attitude lors de ses propres initiatives. Nous avons précédemment fait allusion au *bon sens* qui présidait parfois à l'analyse juridique des réserves dans l'action. Ce bon sens ne constitue ni une donnée, ni une technique, mais c'est tout de même une limite à l'application excessive des maximes.

En effet, dans de nombreuses situations, pour échapper à l'absurde, on doit admettre que LA RÉSERVE prévaut effectivement sur l'ACTE [18], contrairement à la solution des maximes.

330. — Dans le cas de la condition potestative suspensive, la réserve prévaut sur l'acte.

Il en est tout d'abord ainsi dans la question très classique de la condition potestative suspensive.

On doit assimiler la condition purement potestative et la réserve : dans les deux cas il s'agit d'une absence de volonté actuelle doublée de l'évocation d'un vouloir virtuel [19]. Le Code civil, dans l'article 1170, envisage la condition potestative, et il stipule dans l'article 1174 : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

La solution adoptée ici s'oppose sans ambiguité à la règle « Protestatio non valet contra actum. »

On note souvent, à ce propos [20], que la nullité de l'article 1174 ne dérive que d'une impossibilité : si l'obligation demeure subordonnée à la volonté de l'obligé, elle n'existe pas. La même remarque nous avait semblé nécessaire lorsque nous recherchions les caractères fondamentaux de la réserve : oui sous réserve n'est pas oui, et ne peut logiquement se distinguer du non sous

18. Nous avions déjà énoncé la possibilité de cette solution radicalement opposée à celle des maximes. Cf. précédemment n° 142 et n° 407.

19. A ce sujet, voir *infra*, n° 342.

réserve. La réserve, ou état de non-volonté déclaré écarte tout engagement.

331. — Solution identique pour l'offre sous réserve.

Le problème posé par l'offre ou l'acceptation sous réserve relève de la même solution.

En règle générale, l'offre engage son auteur dès lors qu'elle est acceptée. L'émission de l'offre équivaut à une prise d'attitude irrévocable si son retrait est susceptible de causer un préjudice aux tiers. Cependant, cette solution présente de graves inconvénients dès lors que l'offrant n'a pas la certitude de pouvoir maintenir ses propositions, ce qui arrive fréquemment en pratique. Doit-il, dans ces conditions, s'abstenir d'émettre l'offre ? Ce serait renoncer à bien des tractations.

En fait, le droit établit une distinction entre l'offre ferme, et l'offre non ferme, qui constitue l'exemple parfait d'une initiative sous réserves.

Trois cas peuvent se présenter :

1) L'offre peut d'abord, se limiter à une certaine quantité de marchandise si les stocks sont peu importants. En conséquence, l'offrant prendra une attitude appropriée et formulera généralement sa déclaration ainsi :

« X. le 22 avril 1962
« Notre Maison de X offre SAUF VENTE :
« Telle quantité de marchandise,
« Marseille Base 90 jours (sauf erreur de câble). »

On remarque, dans ce genre de texte, deux réserves : la proposition existe, mais elle demeure tempérée par l'éventualité d'une vente qui interviendrait avant l'acceptation du destinataire ; d'autre part, le délai de livraison reste soumis à la réalité des informations que possède le vendeur. On peut dire que ce dernier a, dans son initiative, écarté l'intervention de sa volonté sur les deux points en question.

Ce genre de réserves ne pose pas de problème : il est ordinairement admis, et échappe indiscutablement au champ d'application des maximes.

2) L'offre peut ensuite contenir une réserve quant aux prix. La volonté du vendeur assure alors la réalisation de l'opération quant à son objet, mais elle n'est pas définitivement arrêtée sur le prix : des modifications peuvent intervenir à condition qu'elles soient raisonnables.

Les juristes estiment, en effet, que l'état de non-volonté du vendeur quant aux prix reste licite [21] tant que les données écono-

20. Voir, par exemple, note Wahl sous Cass. civ., 2 mai 1900, S. 1901.1.217.

miques ne sont pas elles-mêmes parfaitement stables ; en revanche, cette réserve ne doit pas constituer un piège pour le destinataire qui entend traiter de bonne foi. C'est pourquoi les tribunaux contrôlent l'usage que l'offrant fait de ses réserves [22], tout en admettant le principe.

3) Enfin, lorsque l'auteur de l'offre se réserve le droit de modifier ses propositions ou de refuser l'acceptation sans avoir à en indiquer les motifs, il y a en réalité une invitation à entrer en pourparlers [23]. Dans ce cas, plus encore que dans les précédents, la réserve prévaut sur l'acte qu'elle accompagne.

332. — L'acceptation sous réserve.

La question de l'acceptation sous réserve appelle des observations analogues. On considère, en général, que l'acceptation doit être pure et simple [24]. Cette solution — nous l'avons déjà dit — semble parfaitement logique : OUI sous réserve n'est pas OUI. On doit alors s'interroger sur la portée de la réserve : certains ont tenté de conclure que s'il n'y a pas acceptation, il s'agit d'un refus [25]. On peut également y voir une contre-proposition, une offre nouvelle lorsque la réserve porte sur un point précis [26]. Nous-mêmes, précédemment avons considéré que « OUI sous réserve » équivalait à une réserve toute simple.

Il serait inutile d'ouvrir un débat plus long. Il nous suffit de constater que suivant les faits et selon les auteurs, plusieurs solutions sont possibles, qui, toutes, font tomber l'acte (l'acceptation) au profit de la réserve [27].

---

21. A ce sujet, cf. J.C., *Contrats et obligations*, art. 1109, Code civil — Revue trimestrielle de droit civil, 1955, p. 522 (article de M. Carbonnier) et Revue trimestrielle de droit civil, 1922, p. 634, Douai, 3 novembre 1921, Gaz trib. 1922.2.232.

22. Cass. civ. 19 octobre 1931, S. 1932.1.102.

23. J.C., *Contrats et obligations*, art. 1109, Code civil, n° 6. Traité élémentaire de droit civil (Carbonnier), t. II, n° 299, p. 340.

24. Planiol et Ripert, t. VI, n° 99 ; Beudant, t. VIII, n° 96, et voir 1re partie.

25. Cf. Jurisclasseur, art. 1109, n° 24, et Cass. soc., Bull. cass. 1949.4.1141 ; voir aussi Cass. 8 novembre 1933, S. 1934.1.28 et Cass. 29 décembre 1924, Gaz. Pal. 1925.1.522.

26. Cass. 3 février 1919, D. 1923.1.126. Et Fuzier Herman et Demogue, art. 1101, n° 33 et cf. Encyclopédie Dalloz, *Consentement*, par M. André Breton, nos 40, 41 et s.

27. Il existe, en fait, quelques arrêts qui valident l'acceptation accompagnée de réserves, mais seulement lorsque ces dernières portent sur des éléments secondaires. Trib. Com., Cambrai, 16 avril 1912. Cherbourg, 6 septembre 1912. Rec. Sirey, 1914.2.49, note Demogue. Voir également Cass. 8 décembre 1903, S. 1905.1.241, note Walh. Dans la dernière espèce, les parties déclaraient avoir passé une vente ferme sous réserve de l'examen d'un accessoire de l'immeuble. La Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'une vente sous condition résolutoire.

La règle « Protestatio non valet contra factum » ne possède donc pas l'autorité qu'on lui accorde en général. Il existe d'ailleurs bien d'autres domaines où elle est battue en brèche ; pour être complet, il faudrait faire le tour de l'ensemble des actes de procédure qui peuvent se trouver modifiés par des réserves. Ce sont surtout l'exécution de la condamnation, la signification des jugements, la comparution, la constitution d'avoué, le désistement, etc.

333. — Les deux solutions coexistent.

On voit ainsi que le Droit ne connaît pas une, mais au moins deux solutions au problème des réserves dans l'action.

Nous avons d'abord étudié la règle « Protestatio non valet contra factum » que l'on exhibe toujours en cette matière. Ses effets catégoriques nous ont paru quelque peu brutaux, parfois injustes, parfois encore inadmissibles.

Puis, à l'inverse, nous avons recherché des situations où les réserves prévalent sur l'acte qu'elles accompagnent. Sans difficulté, nous en avons trouvé plusieurs exemples.

A l'issue de ces recherches, il serait vain de prendre totalement parti pour l'une ou l'autre de ces solutions : les deux sont possibles, les deux existent, mais les deux restent d'une application limitée, avec leurs mérites réciproques.

334. — Par conséquent, le problème, l'unique problème consiste à définir cette limite, faute de quoi on demeurerait dans l'incohérence. Nous allons donc nous attacher à trouver des critères de validité ou, au contraire, d'invalidation pour les réserves dans l'action.

Ces critères permettront de motiver raisonnablement la décision par laquelle un individu se voit reconnaître ou dénier le bénéfice de ses protestations.

En d'autres termes encore, nous allons tâcher de réduire le conflit d'attitude entre la réserve et l'action par la raison et non par le bon sens ou des données empiriques.

Section II. — *Recherche de critères permettant de déterminer la portée des réserves dans l'action.*

335. — Cette recherche ne peut s'entreprendre qu'en partant des éléments sûrs que nous avons dégagés au début de cette thèse, c'est-à-dire les notions d'attitude, d'efficacité dans le temps, de cohérence, de non-volonté.

336. — Le dédoublement opéré par les réserves dans l'action.

La réserve dans l'action constitue, comme toutes les réserves, une attitude. Mais à l'inverse de la réserve pure et simple, qui est une attitude envers autrui, la réserve dans l'action représente une attitude de l'individu à l'égard de sa propre activité. L'individu ne se pose plus en juge du monde extérieur, il apprécie uniquement son propre comportement dans la société, pratiquement comme si ce comportement constituait une donnée objective, une norme autonome, déjà séparée de sa personnalité.

Il s'agit donc d'une opération très complexe qui rejoint les phénomènes de conscience au second degré : la déclaration « Je sais que j'agis » peut se comparer à celle-ci : « Je fais des réserves en agissant. »

Il est inutile de s'interroger outre mesure sur les origines de cette démarche de l'esprit. Un fait seul importe : elle existe, elle répond à une aspiration individuelle, elle se retrouve dans le droit comme un phénomène indivisible [28], comme une déclaration autonome de volonté ou d'avolonté.

337. — Indivisibilité des réserves dans l'action.

Par conséquent, l'acte sous réserve doit s'étudier — ainsi que le notait, fort à propos, un jugement étudié plus haut [29] — comme un tout, comme un ensemble dans lequel il serait arbitraire d'opérer une partition ou une dissociation. Cette partition reviendrait à opposer face à face deux éléments connexes, c'est-à-dire :

— d'abord une appréciation subjective, une attitude envers soi-même, un état de non-volonté, la réserve sur ses propres actes,

— et ensuite un acte volontaire, c'est-à-dire encore une attitude, mais vers autrui cette fois-ci.

Ces éléments interviennent sur un plan différent ; en effet, dans l'action avec réserves, il n'y a pas, côte à côte, un acte et une réserve, mais une appréciation du monde extérieur, l'acte, qui est lui-même « apprécié » par une réserve. L'un ne s'oppose pas à l'autre ; les deux s'enchaînent.

On a donc affaire à une cascade d'opérations psychologiques qui doit s'envisager depuis sa source, c'est-à-dire depuis l'individu, et non de l'extérieur, comme le fait inconsidérément la maxime « Protestatio non valet contra factum », qui juge directement les résultats.

---

28. Il serait parfaitement vain de prétendre étudier séparément les deux membres de la proposition suivante : « Je pense que je pense » ; ce faisant, on retirait tout intérêt à cette formule. De même, les réserves dans l'action sont une attitude indivisible.

29. Cf. n° 322.

338. — La manière dont nous entendons procéder trouve en Droit français un argument de poids : la recherche de la volonté interne qui sert traditionnellement d'idée directrice dans la compréhension des opérations juridiques.

339. — Les réserves dans l'action se ramènent à trois hypothèses.

En partant de cette base, il nous semble possible de déterminer trois sortes de réserves dans l'action :

— ou bien, l'individu entend par ses réserves (état de non-volonté) démentir la volonté [29 bis] qu'impliquerait son action. Dans ce cas, les réserves apparaissent comme *la condition* de l'action : l'individu préférerait ne pas agir, plutôt que d'agir sans réserves. Cette hypothèse conduit à donner une efficacité immédiate aux réserves (comme dans le cas de la condition potestative suspensive); elles doivent primer l'acte, et la solution s'énonce ainsi : nullité de l'action au point de vue juridique ;

— ou bien l'individu poursuit réellement une fin juridique, son action tend à produire des effets juridiques immédiats, mais limités. La réserve apparaît alors comme le COMPLÉMENT de son intervention. L'état de non-volonté qu'implique la réserve doit alors recevoir — si l'on ose dire — « une affectation » de la part de son auteur, c'est-à-dire que la réserve doit être précise. Sans qu'il soit besoin d'insister trop longuement, ici, sur ce point, disons toutefois que le domaine des réserves, dans ce genre d'action immédiatement efficace, se délimite de la manière suivante : les réserves (état de non-volonté) ne peuvent porter que sur les éléments de l'acte ou de l'action qui, sans incohérence, peuvent être dissociés du but poursuivi.

Dans ce cas, la solution doit se formuler ainsi : l'action sera efficace pour ce qui a été strictement voulu, la réserve atteint le reste de l'opération.

A cet égard, il est exact de dire que la réserve constitue un complément de l'action ; elle précise, elle définit exactement sa portée ;

— ou bien, enfin, la réserve et l'action forment une opération insaisissable où il se révèle impossible de savoir ce que l'individu a voulu et ce qu'il n'a pas voulu. Son comportement incohérent, son intervention contradictoire provoquent l'inexistence. Notons que, dans ce dernier cas, pour se prononcer ainsi, il faut établir une contradiction absolue, c'est-à-dire s'assurer

---

29 bis. Nous verrons ultérieurement (chapitre III) que la volonté est susceptible de recevoir plusieurs qualifications. On peut déjà noter la différence entre un acte simplement volontaire, et un acte juridique qui exige l'intervention d'une volonté juridique.

que l'action et la réserve portent très exactement, et simultanément, sur le même point. En d'autres termes, il faut prouver que l'individu a voulu une fin juridique qui coïncide à tous égards avec ce qu'il a déclaré ne pas vouloir dans sa réserve [29 ter].

340. — On peut ainsi, à partir de l'individu, résumer en trois hypothèses les différentes réserves susceptibles d'intervenir dans l'action :

— la réserve est la *condition* de l'action entreprise par l'individu. Ce dernier veut bien agir, mais sa volonté ne va pas jusqu'à la création de rapports de droits, ou jusqu'à la modification de sa situation juridique. Il agit, à condition de ne pas changer les éléments de droits actuels.

LA RÉSERVE PRÉVAUT EN DROIT SUR L'ACTION

— la réserve est le *complément* de l'action. L'action n'a qu'un objet juridique limité, elle se trouve réduite au strict nécessaire pour obtenir la transformation désirée. La réserve régit tout ce qui n'est pas déclaration expresse [30].

ELLE PRÉCISE LA PORTÉE DE L'ACTION, ELLE LUI DONNE UN SENS STRICT.

— la réserve est le *contraire absolu* de l'action. L'intervention devrait être inexistante dans son ensemble. Toutefois, les solutions peuvent varier. En particulier, la règle « Protestatio non valet contra factum » risque de jouer à titre de pénalité civile, comme sanction d'une attitude incohérente susceptible d'engager la responsabilité de l'individu à l'égard des tiers. Le problème se situe alors sur le plan de la responsabilité [31].

341. — Examinons maintenant ces résultats au regard du Principe de Cohérence.

342. — *Dans le premier cas,* lorsque la réserve apparaît comme la condition de l'acte, il risque d'y avoir un conflit entre la volonté qu'implique l'action et l'état de non-volonté déclaré dans la réserve. En droit, cependant, ce conflit ne peut exister lorsque l'individu fait clairement entendre que son attitude principale, son attitude juridique, est LA RÉSERVE. Son action est ramenée au simple stade de l'activité ordinaire, des agissements

---

29 ter. Nous insistons particulièrement sur ce point. En effet, la jurisprudence ne se montre pas toujours très stricte lorsqu'elle déclare des réserves en contradiction avec l'action. Bien souvent, la contrariété reste plus apparente que réelle, sans qu'il y ait identité absolue d'objet entre les deux attitudes (réserve et action). Cf. n° 322, l'exemple de la demande en compte de la communauté.

30. Voir *infra,* n° 369.

31. Voir *infra,* n° 353.

matériels qui ne doivent plus avoir d'incidences juridiques directes [32].

Cette distinction, faite par l'individu entre SA RÉSERVE et son comportement actif *est possible* parce qu'il existe une réelle différence entre la volonté simple et la volonté juridique, entre l'attitude « attribuée » et l'attitude «déclarée ». Autrement dit, l'individu tranche, par avance, ce conflit au profit de la réserve ; il n'introduit pas dans ses actes la volonté nécessaire pour leur faire produire des effets de droit. Il dément l'attitude qui lui serait attribuée par interprétation de ses actes.

Par conséquent, au point de vue des tiers, la situation se révèle très simple :

1) Ils ne doivent tenir compte que de la réserve de l'agent ; ce qui est d'autant plus facile que la réserve est toujours déclarée.

2) Ils doivent accueillir les actes accomplis dans ces conditions avec la même réserve que celle formulée par l'agent lui-même. Pour ainsi dire, l'auteur des actes dicte, ou tout au moins indique, aux tiers l'attitude qu'il convient d'adopter.

Sur ce premier cas, on peut donc dire qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de cohérence : en réalité, une seule attitude juridique entre en jeu et doit être considérée : c'est celle de la réserve. L'action reste au niveau du fait brut.

Bien entendu, cette solution exige le respect des nuances, et elle ne peut se faire jour qu'après un examen attentif des intentions profondes de l'individu (notamment il faut rechercher dans quelle mesure l'action entreprise reste sur le plan du fait et ne produit pas d'incidence juridique). A cet égard, il ne s'agit pas d'une solution de facilité, mais n'en est-il pas ainsi chaque fois qu'il s'agit de comprendre et d'interpréter une manifestation de volonté nuancée ?

En revanche, dès que le juge a acquis la conviction que la réserve *conditionnait* l'action, le problème est immédiatement tranché, sans tâtonnements, sans ambiguïtés, sans l'empirisme qui règne depuis toujours dans la jurisprudence.

343. — *Dans le second cas,* celui où la réserve sert de COMPLÉMENT à l'action, le principe de cohérence peut sembler un péril : entre l'action qui, cette fois-ci à la différence du cas précédent, tend à l'efficacité juridique, et la réserve qui l'accompagne, il n'y a, certes, pas unité d'attitude. Cependant, deux attitudes n'entrent en contradiction que si elles concernent le même

32. Il va de soi que si l'agent poursuit à la fois l'efficacité de ses actes sur le plan juridique et la validité de sa réserve, il tombe dans la troisième hypothèse énoncée plus haut, celle de l'incohérence. Voir, par exemple (précédemment, n° 318), Cass. civ. 24 janvier 1872.

objet. Dans l'ancien droit où les parties accomplissaient minutieusement des actes simples, où chaque opération donnait lieu à un écrit, les réserves pouvaient sans doute provoquer des contradictions fréquentes [33]. Ce serait, en tous cas, une raison du succès de la maxime « Protestatio non valet contra factum ».

Au contraire, dans le droit moderne, les actes sont souvent très complexes et portent sur plusieurs obligations successives ou simultanées, tout en prenant une forme plus concise ; les réserves qui s'y introduisent peuvent alors trouver un champ d'application propre et un objet différent, quoique très proche, du but poursuivi par l'action. On retrouve là une idée répandue selon laquelle la réserve sert à préciser, à expliquer, à définir la portée d'un acte. En effet, une intervention, aussi décisive soit-elle, ne possède jamais qu'un objet limité au-delà duquel l'individu ne veut plus rien. Par conséquent, il est normal que les déclarations de volonté côtoient les déclarations de non-volonté (ou d'avolonté) pour former un tout, exactement comme les zones d'ombre et de lumière composent un tableau.

Ce qui importe, c'est de retenir que, dans un même acte et à propos d'une même opération, la réserve et la volonté peuvent s'enchevêtrer pour produire avec précision le résultat souhaité, l'une intervenant pour éliminer les éléments indésirables, l'autre pour déclencher l'effet de droit sur un point précis.

Dans les circonstances où la réserve *complète* l'action, il ne doit pas, il ne peut y avoir contradiction puisque bien que connexes, elle ont chacune un objet propre. Le Principe de Cohérence demeure ainsi satisfait. Il convient toutefois de remarquer que l'effet de dissociation opéré par la réserve dans les concepts juridiques trouve une limite dans la loi, ou dans la jurisprudence, qui considèrent parfois comme indivisibles les conséquences d'une même intervention [34].

344. — *Dans le troisième cas,* la réserve contredit intégralement l'action. Il n'est guère besoin de longs commentaires : cette contradiction tient lieu à la fois de critère et de sanction. En effet, le principe de cohérence s'oppose à toute efficacité de l'opération ; du moins telle devrait logiquement être la solution [35].

---

33. Les spécialistes des archives affirment, en général, que les actes du très ancien droit abondent en réserves et en protestations de toutes sortes.

34. A ce sujet, on peut se reporter à l'exemple discutable que nous avons examiné précédemment : l'immixtion dans la communauté. Req. 14 avril 1899, S. 1899.1.439. C'est aussi le cas de l'aveu, du déclinatoire de compétence, de la ratification. Cf. Martin de la Moutte, *op. cit.*, p. 316 et 317.

35. En logique, la contradiction entraîne l'inexistence.

345. — Mais nous connaissons, pour l'avoir étudié au début de cette troisième partie, la règle « Protestatio non valet contra factum », qui ne recevrait aucune application si elle ne devait pas intervenir ici.

Que choisir donc entre l'inexistence, c'est-à-dire, en droit, la nullité absolue de l'opération, et le maintien de l'acte au détriment de la réserve comme le préconise la maxime latine.

Il nous semble — nous l'avons déjà dit — que l'annulation de la réserve consiste à méconnaître arbitrairement un fait au profit d'un autre fait.

Cette anomalie ne peut s'admettre sans motif, puisqu'elle aboutit souvent à des conséquences rigoureuses : l'individu subit, en définitive, un acte dont on ne saurait dire s'il l'a réellement voulu. En fait, cette solution ne peut se comprendre que comme *une sanction* du préjudice causé aux tiers par une attitude incohérente.

A notre avis, par conséquent, la règle « Protestatio non valet contra factum » ne devrait recevoir qu'une application restreinte aux seules hypothèses où les tiers pourront justifier d'un préjudice. Dans tous les autres cas, la logique conduit à l'inexistence absolue de l'acte contradictoire.

346. — Les conclusions auxquelles nous sommes parvenus, au terme de ce chapitre, diffèrent notablement de l'opinion que les juristes se font en général des réserves. Au lieu d'en restreindre la portée et l'efficacité, notre raisonnement nous a conduits à leur assurer une assez large place et corollairement, à reléguer la règle « Protestatio non valet contra factum » au rang d'une sanction civile d'application restreinte.

Dans les chapitres suivants, nous allons continuer à exploiter les deux caractères utiles des réserves dans l'action et nous approfondirons successivement :

— La réserve condition de l'action (chapitre III)

— La réserve complément de l'action (chapitre IV).

CHAPITRE III

LES RESERVES, CONDITION DE L'ACTION

347. — En pure logique, il semble impossible que les réserves puissent être une condition de l'action : on agit, ou on n'agit pas ; mais dès que l'on prend une initiative, dès que l'on entreprend un acte, la volonté qui se trouve à l'origine de notre comportement est indéniable [36], et toutes les réserves, toutes les protestations du monde n'y pourraient rien changer. L'attitude résulte à chaque instant du comportement, comme l'ombre s'attache implacablement au pas de tout individu.

Par conséquent, on ne pourrait dire dans la vie courante : « Je n'agis que sous réserve », cette formule ne signifierait pas grand chose [37], et on pourrait lui opposer une vérité plus réaliste : seuls les actes comptent.

348. — Au contraire, en matière juridique, les réserves peuvent très bien se présenter comme condition de l'action : en effet, l'individu ne prétend pas qu'il agit sans aucune volonté, mais il indique qu'il agit *sans volonté juridique*.

349. — La réserve invalide la volonté juridique.

Tous les auteurs s'efforcent d'établir une distinction entre le fait et le fait juridique, l'acte et l'acte juridique, la volonté simple et la volonté juridique, entre l'attitude et l'attitude juridique. Il ne s'agit pas ici de reprendre ces problèmes de qualification. Il convient seulement de tenir compte de cette distinc-

---

36. Sauf dans l'hypothèse de la contrainte que nous n'envisageons pas ici. A ce sujet, cf. précédemment, n° 209.

37. On pourrait toutefois comprendre que l'individu a l'intention de revenir ultérieurement sur ses actes ; mais ce ne serait encore qu'énoncer une possibilité logique (cf. nos 130 et s., 136 et s., 304) et banale dans la vie ordinaire.

tion car elle permet de comprendre en droit, les réserves dans l'action. L'état de non volonté que l'individu déclare est un état de non-volonté juridique ; du même coup, il qualifie, de lui-même, la nature de la volonté qui guide son action. Son vouloir se limite à des fins matérielles, à des objets concrets, à des contacts humains ; il ne possède qu'une fonction subalterne qui lui interdit tout effet novateur et toute transposition dans l'univers juridique.

Par son action, l'agent intervient sur des faits, par ses réserve, il s'abstient en droit. Il dissocie, pour une fois, ces deux domaines généralement confondus.

Cette attitude composée, discutable lorsque l'on raisonne sur un seul plan, devient parfaitement admissible dès que l'homme possède la faculté de jouer sur deux tableaux : celui du droit, opposé à celui du non-droit.

350. — Opportunité de ce comportement.

Quel intérêt l'indvidu peut-il trouver à invalider ses propres actes au point de vue juridique ? On peut s'étonner en effet, que l'homme qui, depuis ses origines, s'efforce d'introduire la rigueur et la sécurité dans les rapports qui l'amènent au contact de ses semblables, tente, par un curieux retour des choses, de détruire les systèmes qu'il a patiemment élaborés.

Pourquoi, soudain, cette crainte d'agir, cette peur d'entrer dans le domaine du droit, ce recul devant la portée de ses actes ?

A vrai dire, nous avons déjà abordé cette question à plusieurs reprises au cours de cette étude [38]. Sans en reprendre tous les éléments, l'étude des principes de cohérence et d'interprétation nous a montré que ces techniques avaient surtout une fonction sociale : la sécurité. En revanche sur le plan individuel, leur application systématique présente des inconvénients redoutables ; en quelques mots, on peut dire qu'elles étouffent l'individu et surtout sa liberté d'action en schématisant ses intentions, en planifiant son comportement et en automatisant l'évolution de sa situation juridique. L'étude du droit moderne, et particulièrement des décisions de jurisprudence, donne parfois l'impression de lire un test où les réactions individuelles sont classées en catégorie : « a voulu à telle date ; n'a pas voulu ; ne sait pas [39] ; présente les symptômes de ; ne réagit pas ; d'où il résulte que... »

Au contraire, en analysant les textes de l'ancien droit, on

38. Voir en particulier la critique de l'application abusive des principes de cohérence et d'interprétation, n° 201.

39. Cette dernière catégorie qui correspond à l'état de non-volonté reste souvent méconnue dans le droit.

est souvent surpris de leurs recherches méticuleuses et de la profondeur de l'examen auquel se livraient les juristes pour connaître, avec toutes les nuances possibles, les actes passés entre particuliers [40].

Au fond, tout se passe comme si la société avait trop bien mis au point les procédés de création, d'évolution et de disparition des rapports de droit. Peut-être, a-t-on donné trop d'importance aux conséquences sociales de l'acte individuel ? Il ne nous appartient pas de répondre à cette question, mais la poser revient déjà à constater qu'il existe une tendance à l'automatisme dans la transformation des situations juridiques.

Or, jusqu'à nouvel ordre, c'est-à-dire semble-t-il, jusqu'aux éventuels progrès de la sociologie, c'est-à-dire encore, tant que l'on tiendra compte de la volonté personnelle, cet automatisme peut être considéré comme une emprise discutable de la technique sur la personnalité. N'en est-il pas ainsi lorsque, à partir d'un acte banal [41], une personne se voit prêter de multiples intentions et entraîner dans des opérations de nature juridique par le jeu des systèmes d'interprétation ?

Par conséquent, le problème pour l'individu n'est pas seulement de créer des liens de droit, *mais souvent, de les éviter.* La préoccupation de l'agent sera alors, non pas d'agir par le droit, mais d'agir HORS DU DROIT, sans se prêter à l'interprétation judiciaire, sans se livrer aux exigences du principe de cohérence. AGIR HORS DU DROIT, tel est précisément l'objet, l'utilité et l'intérêt des réserves quand elles constituent la condition de l'action.

Après avoir perfectionné les techniques de la formation des obligations, l'individu sent parfois le besoin d'y échapper, il est pris à son propre piège, il retourne aux sources, et il redécouvre cette vérité première : le fait précède le droit, les rapports sociaux naissent avant les rapports juridiques.

351. — Examinons maintenant l'opération en elle-même.

Lorsqu'une personne fait de ses réserves la condition de son intervention, elle ne nie pas cette intervention, *elle retire toute intention juridique* à cette intervention : on ne saurait, dès lors, lui en prêter sans mauvaise foi.

---

40. Voir par exemple, dans le *Répertoire de jurisprudence* de Merlin, au mot « réserve », le très long article sur la question suivante : « Quel est l'effet d'une clause par laquelle, en cédant, un droit d'usage sur un bien, on s'y réserve des droits qui en supposent la propriété aliénée ? » Voir également le Répertoire de Guyot, aux termes « Protestations » et « Novations » et « Questions de droit » (Merlin), t. I, p. 8. Acquiescement. Utilité ou inutilité des réserves en cas d'exécution forcée.

41. Quel chauffeur de taxi sait réellement qu'en somnolant, à son volant, il émet une offre au sens juridique du terme ?

En d'autres termes, l'initiative envisagée constitue seulement une attitude sociale qui se tient à l'écart de toutes les ambiguités, de toutes les interprétations, et qui, comme toutes les attitudes purement sociales, n'est pas soumise à la cohérence. L'individu peut ainsi employer une forme d'action identique à celle qui serait juridiquement efficace, il n'y manque qu'un élément — à vrai dire primordial — la volonté juridique.

On comprend ainsi que l'action, l'acte sous réserve, ne constitue pas nécessairement une simple velléité, mais représente bien souvent l'antécédent parfait de l'acte juridique lui-même [42].

Pour résumer la nature de l'opération, on peut dire qu'elle consiste à AGIR HORS DU DROIT ET DANS LES FORMES JURIDIQUES.

352. — Intérêts de ce comportement.

Cette manière de procéder présente au moins deux avantages :

1) elle ne déconcerte pas les tiers, dans la mesure où les formes juridiques sont des formes classiques ou usuelles ;

2) elle permet de donner rapidement à l'acte ou à l'intervention sous réserve une efficacité juridique parfaite ; il suffit simplement de lever la réserve.

Il n'apparaît d'ailleurs pas indispensable de s'étendre beaucoup plus longuement sur les modalités des réserves lorsqu'elles conditionnent l'action. Il s'agit d'une technique que l'on peut rapprocher d'un autre procédé bien connu des juristes sous l'appellation de CONVERSION des Actes juridiques par RÉDUCTION [43]. La réserve opère la conversion d'un comportement juridique, qu'elle réduit à un comportement ordinaire. La levée de la réserve joue au contraire le rôle d'une confirmation.

Il importe ici, d'insister sur les caractéristiques de l'emploi des réserves telles que nous venons de les examiner. Les réserves sont *la condition* de l'action ou du comportement envisagés, c'est-à-dire que l'individu n'interviendrait pas en leur absence et qu'il préférerait s'abstenir.

En d'autres termes, la réserve et l'acte sont indivisibles, l'une constituant, en quelque sorte, la cause de l'autre. L'individu semble dire : « Je n'agis que sans volonté juridique, ou bien je n'agirais pas du tout ».

Nous avons déjà indiqué quelle devait être la portée de cette attitude :

1) Liberté de l'action sur le plan du fait, à l'exclusion de toute intervention des systèmes d'interprétation ;

---

42. Par exemple les pourparlers, les formulaires, les actes-types, etc.

43. A ce sujet, consulter la thèse de X. Perrin (Dijon, 1912) ; et celle de Derreux (*Interprétation des actes juridiques*, 1931).

2) Validité de la réserve sur le plan du droit, ce qui revient à écarter toute modification de la situation juridique actuelle.

353. — Les réserves laissent toujours subsister la responsabilité.

Mais il ne faudrait pas penser pour autant que l'individu peut, au prix d'une simple réserve, agir sans le droit et surtout contre le droit. Le but, le rôle de son attitude est d'écarter toute idée de volonté juridique ; mais la réalité, la matérialité de son action demeurent néanmoins et restent soumises à l'emprise du droit, comme toute activité quelconque ; notamment, elles peuvent fort bien engager la RESPONSABILITÉ de l'agent dans toutes les hypothèses ou leurs conséquences directes sont la cause d'un préjudice pour autrui.

Par conséquent, en faisant des réserves, la condition de son intervention, l'individu n'obtient qu'une certitude : il est assuré de ne pas donner lieu à des modifications juridiques qui trouveraient *leur fondement dans sa volonté* ou dans l'interprétation de celle-ci ; *en revanche, son action peut toujours* faire naître à sa charge des obligations involontaires, et en particulier, celles de la responsabilité.

Ce fait apparaît très clairement en matière de pourparlers ; ainsi, Frejaville disait dans son cours de licence : « Les pourparlers consistent dans le fait, par les futurs contractants, d'envisager le projet de contrat, ... *mais sans avoir pour l'instant l'intention de s'obliger*... Les pourparlers entrent cependant dans le domaine du Droit à un double point de vue. D'une part, ils permettent d'éclairer le sens du contrat une fois conclu, *d'autre part, la rupture abusive de pourparlers peut être source de responsabilité* [44] ».

354. — *Exemples.*

Nous allons, pour illustrer ces observations, poursuivre l'examen de quelques cas où l'agent a intérêt à réduire la portée de ses actes par des réserves pour demeurer strictement sur le plan des faits.

355. — Réserves à la livraison.

Prenons d'abord le cas très classique *des réserves à la livraison*. On sait, que, d'après l'article 105 du Code de commerce, la réception des marchandises par le destinataire décharge le voiturier de la présomption de responsabilité très lourde qui pèse

---

44. Cours de droit civil, 1954-1955, p. 99.

sur lui. La réception est donc un acte qui doit s'envisager à un double point de vue :

1) matériellement, elle marque la prise de possession des marchandises et leur transfert dans les locaux du destinataire ;

2) Juridiquement, elle met fin à un lien de droit, celui qui unissait l'expéditeur, le voiturier et le destinataire.

La réception constitue donc le type de l'opération à double effet [45] : le danger est que les intéressés ne se doutent pas toujours qu'en un acte, ils interviennent sur deux plans différents (économique et juridique), de sorte que ce double effet prend souvent l'aspect d'un double tranchant pour l'individu mal informé.

Les législateurs [46], pour remédier à cet inconvénient et à l'amertume des destinataires abusés, ont prévu des formes particulières de protestations postérieures à la livraison dans un délai très bref (3 jours). Ce n'est pas de ces protestations que nous entendons parler.

En effet, à côté des protestations légales prévues à l'article 105, s'est élaboré tout un système jurisprudentiel de réserves à la livraison. Le problème pour le destinataire qui constate le mauvais état de la marchandise est de maintenir la responsabilité sur la personne du voiturier. Pour parvenir à ce résultat, le procédé le plus simple consiste à ne pas prendre livraison. Cependant, cette victoire juridique s'obtient au détriment des intérêts matériels : la marchandise reste en souffrance au risque de se détériorer plus gravement encore surtout s'il s'agit de denrées périssables.

La pratique, consacrée par la jurisprudence, en est ainsi venue à rétablir la véritable nature de la livraison et à dissocier les effets que le législateur avait arbitrairement unis dans cette opération : il suffit aux intéressés — destinataire et voiturier — de s'entendre [47] sur l'énoncé des RÉSERVES lors de la réception des marchandises pour ramener la livraison à une simple opération matérielle, sans incidences juridiques.

Si l'on veut un peu approfondir les attitudes en présence dans ces circonstances, on comprendra que le destinataire, dans ses réserves, offre au voiturier de procéder à la livraison stricto sensu, c'est-à-dire à l'enlèvement matériel des marchandises. Il prétend retirer à son comportement toute intention juridique et, en l'occurence, toute intention libératoire envers le voiturier.

---

45. L'effet juridique résultant de la volonté du législateur.

46. L'article 105 du Code de commerce a subi de nombreux remaniements dont le dernier en juin 1959.

47. Les réserves formulées par le destinataire doivent être acceptées par le voiturier.

Ce dernier reste libre, bien entendu, d'accepter ou de refuser formellement [46], mais très souvent, il préfèrera, dans son propre intérêt, se contenter d'un simple déchargement matériel, sans obtenir la décharge juridique de responsabilité.

Cet exemple illustre parfaitement le rôle des réserves lorsqu'elle sont la condition de l'activité [49]. Le destinataire, par son attitude, réduit son acte (la réception) à un fait (l'enlèvement), il ramène son comportement du plan juridique au plan économique.

L'efficacité de cette solution ne peut se discuter : elle ménage l'intérêt de chacune des parties, car l'acceptation de la réserve n'entraîne nullement la reconnaissance par le voiturier de sa responsabilité, et elle permet la prise de possession des marchandises, ce qui constituait, tout de même, le but premier du contrat de transport.

356. — Comparution avec réserves.

On trouvera encore une autre illustration du rôle des réserves dans l'action à propos du problème de la comparution à des opérations tendant à trancher un conflit d'intérêt. Le fait d'assister à une expertise ou de se présenter à une audience constitue indéniablement un acte. Cet acte emporte-t-il adhésion ou acquiescement à l'opération elle-même ?

La question est controversée [50] en sorte que l'on ne peut radicalement opposer la comparution simple à la comparution avec réserves.

Notons cependant que si l'individu entend couper court à toute discussion et échapper aux aléas de la jurisprudence, la réserve lui permet de ramener sa comparution à ce qu'elle est réellement : un simple acte de présence n'entraînant aucune adhésion intellectuelle aux débats. Là encore, les réserves réduisent à une attitude physique, à un comportement matériel, ce que les systèmes d'interprétation transposeraient sur le plan juridique.

---

48. La renonciation au bénéfice de l'article 105 ne se présume pas. C'est en général ce point qui donne lieu à des difficultés judiciaires.

49. M. Rodière s'exprime d'ailleurs, en ces termes : « L'acceptation des réserves est explicite lorsque le destinataire a exprimé qu'*il ne prendrait livraison que sous la condition d'une adhésion du transporteur à ses réserves.* » J.C.P. 1951, I^re^ partie, n° 896.

50. Voir notamment :

— Cass. 20 février 1959, Bull. cass. 1959.IV.214 : « Attendu que L. a acquiescé à ce jugement en l'exécutant et en comparaissant sans réserve à l'enquête qu'il avait prescrite... »

— Cass. 22 mai 1959, Bull. cass. 1959.I.212 : « Attendu qu'un acquiescement tacite ne saurait résulter que de circonstances attestant la volonté non équivoque d'accepter la décision rendue, qu'il est constant que X. n'ont

357. — Réception de travaux avec réserves.

Enfin, nous citerons un dernier exemple de l'utilité des réserves lors d'un acte que l'intéressé se serait refusé à accomplir purement et simplement. Il s'agit de la réception de travaux avec réserve.

La réception d'un ouvrage marque la prise de possession par son propriétaire et le début de son utilisation. C'est donc une opération qui présente un intérêt certain au point de vue matériel. L'article 1792 du Code civil [51] prévoit que la responsabilité des entrepreneurs reste engagée pour dix ans.

Or très souvent, il arrive que le propriétaire ait des doutes sur la bonne exécution de l'ouvrage. Une solution consisterait à refuser la réception ; mais cette attitude comporte des inconvénients : indisponibilité de l'ouvrage, perte de temps pour les deux parties, discussions, etc. on assiste alors fréquemment à une réception sous réserve [52], ce qui permet la prise de possession matérielle sans préjudicier au lien juridique de la responsabilité dont le délai d'extinction demeure suspendu. En d'autres termes, le propriétaire ramène la réception à un simple fait dénué de volonté juridique, tandis qu'il traduit par ses réserves sa véritable attitude sur le plan du Droit.

358. — On pourrait sans doute, rechercher un nombre considérable d'exemples qui tous tendraient à faire reconnaître cette vérité première que nous avons déjà énoncée précédemment : avant de se comporter en sujet de droit, de créer, de modifier,

---

comparu que sous les plus expresses réserves du Pourvoi en cassation à l'enquête qui était l'exécution de l'arrêt attaqué ; que si... rien dans *leur attitude* ne permet de considérer à aucun moment qu'ils aient renoncé à l'effet de leur réserve... que le moyen d'irrecevabilité ne peut être accueilli. »

— Cass. 12 janvier 1960, Bull. cass. 1960.III.14 : « Attendu que si un ingénieur des Ponts et Chaussées a comparu à l'expertise, c'est sur sommation du sieur L. qui mettait en œuvre ladite expertise ; que dans ces circonstances, la comparution dont il s'agit n'implique pas un acquiescement à la décision entreprise ; rejette la fin de non-recevoir. »

— Cass. 27 avril 1960, Bull. cass. 1960.IV. : « Attendu que le tribunal a pu estimer qu'en comparant à l'audience du 10 janvier 1957, pour laquelle elle était appelée, X. avait acquiescé au jugement du 6 décembre 1956 et que, dès lors, l'appel par elle interjeté de ce jugement était irrecevable. »

Il faut noter que, dans cette dernière espèce, l'intéressé avait comparu dans le seul but de demander une remise pour plaider ultérieurement.

51. Article 1792 : « Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans ». Sur le rôle de la réception, voir Civ. 19 décembre 1928, D.H. 1929.66.

52. Cf. Cass. 9 avril 1888, S. 1888.1.213. Cette solution s'utilise aussi en matière administrative, cf. C.E. 19 décembre 1890. Rec., p. 980, également Rec. 1895, p. 589.

d'éteindre des rapports de droit, l'individu existe et agit dans le monde des faits et des réalités concrètes. Par conséquent, dans la mesure où l'agent entend rester dans le domaine des rapports sociaux et de l'activité matérielle, il est amené à formuler des déclarations de non-volonté juridique, c'est-à-dire des réserves qui situent son comportement en marge du Droit. Cette attitude correspond non seulement à une réaction contre l'emprise des automatismes juridiques (cohérence et interprétation, en particulier) mais encore à une liberté naturelle ; il ne serait de vrai vouloir sans la faculté de ne pas vouloir. En ce sens, la réserve contribue au respect de la volonté profonde.

359. — Condition d'efficacité des réserves lorsqu'elles accompagnent l'action.

Pour terminer ce chapitre, il nous suffira de mentionner brièvement les caractères que doit présenter le comportement de l'individu pour obtenir le bénéfice de ses réserves dans l'action.

— Tout d'abord, la réserve et l'action doivent être simultanées, ce qui ne paraît pas particulier à cette hypothèse et résulte logiquement du fait que l'opération entière est indivisible.

— Ensuite, l'action de l'individu ne doit évidemment pas tendre à la création d'effets de droit, ce qui le mettrait irréductiblement en conflit avec la réserve et entraînerait soit l'application de la règle « Protestatio non valet contra factum », soit l'inexistence absolue [53]. Il faut donc que cette action ne soit pas de nature spécifiquement juridique et puisse se ramener à un comportement matériel.

— Enfin la réserve doit posséder une certaine précision : elle doit sans équivoque se rapporter à l'action en cours, sinon elle risquerait de passer pour une clause de style inefficace. A ce propos, notons le cas de la formule « sous toutes réserves », insérée traditionnellement à la fin des conclusions déposées par les plaideurs. Cette clause de style ne prétend certainement pas, dans son imprécision, posséder, à l'heure actuelle, la valeur d'une condition retirant toute efficacité aux énonciations qui la précèdent ; certains lui dénient même tout intérêt. Tel n'est pas absolument notre avis. Certes, conclure sous réserve, lors d'un procès, ne veut pas dire que le plaideur n'adhère pas à ses propres arguments et les dépose à « titre officieux », mais cela signifie que le concluant peut ultérieurement modifier et compléter sa demande, ses preuves, et même son attitude [54]. En termes plus concis, la formule « sous toutes réserves » laisse envisager

53. Il convient de tenir compte, ici, des cas que nous avons étudiés à propos de l'insuffisance des Maximes (chapitre II, nos 329 et s.).

54. C'est le cas des offres réelles.

le dépôt d'autres conclusions dites en l'occurence, « conclusions additionnelles » qui sont d'un usage constant en pratique.

On peut donc penser que cette formule, à l'origine, jouait un rôle déterminant dans la signification des conclusions au début de l'instance. Elle permettait le dépôt de conclusions fragmentaires que le plaideur se serait abstenu de rédiger (nous retrouvons le cas de la réserve condition de l'acte) s'il n'avait pas conservé la faculté de les compléter ultérieurement.

Actuellement, l'usage consacré des conclusions additionnelles a probablement retiré son intérêt à cette clause ; on peut sans doute [55] la classer au nombre des mentions superfétatoires telles que « dont acte » et « ce sera justice », « à ce que nul n'en ignore [56]. »

360. — Nous concluons par une observation très simple.

Au début de cette troisième partie, la règle « Protestatio non valet contra factum » faisait figure d'un spectre redoutable dans la main du juriste et semblait destinée à l'invalidation de toutes les réserves. A la fin de ce chapitre, la situation se renverse : l'utilité, la validité des réserves se dévoilent dans un nombre infini de cas. Alors réapparaît la véritable nature de la réserve, qui ne constitue ni une modalité de l'action, ni un accessoire du vouloir, mais véritablement une attitude première propre à conditionner tout un comportement — Dont acte.

55. A notre connaissance, cependant, aucun officier ministériel ne se risque encore à produire un acte sans faire « toutes réserves ». Il serait curieux de savoir si les tribunaux lui en tiendraient rigueur, dans l'hypothèse précise de conclusions additionnelles. La jurisprudence, en revanche, s'est prononcée sur l'inefficacité de cette formule lorsque le plaideur prétend en tirer argument pour nier ultérieurement ses dires. (Cf. Cass. 27.11.1893, S. 1895.1.167).

56. « A ce que nul n'en ignore » indique un très net souci de remplir le devoir d'information.

CHAPITRE IV

LES RESERVES COMPLEMENT DE L'ACTION

361. — Complément contradictoire ?

Nos premières recherches ont abouti à démontrer que la réserve constituait le contraire de l'action. Nous l'avons décrite comme une attitude de non-volonté exclusive de toute modification des liens de droit existants.

Dans ces conditions, n'est-il pas paradoxal d'indiquer en tête de ce chapitre que la réserve peut devenir *le complément* de l'action ? Ne s'agit-il pas de deux notions contraires qui devraient s'exclure ?

Certes, en pure logique, il semble impossible de vouloir et de ne pas vouloir tout à la fois, d'agir et de se réserver simultanément sur le plan du droit. Mais dans un domaine aussi complexe, il faut éviter de raisonner trop simplement ; surtout il faut se garder de confondre l'action et la volonté, de croire que la première résulte uniquement de la seconde.

362. — Volonté et action.

En fait, on doit ici considérer l'intervention de l'agent dans son ensemble et non seulement sa volonté stricto sensu. Il faut sortir du cadre étroit de l'acte juridique et examiner l'action depuis le moment où l'individu décide la fin à atteindre jusqu'aux ultimes conséquences.

La volonté, c'est essentiellement l'initiative, le « fiat » intime qui fait que l'individu se déclare prêt à entreprendre une modification de sa situation juridique.

Le vouloir représente donc une première ligne de conduite, une direction, un dynamisme qui projette l'individu dans une opération. Et en réalité, bien souvent, la déclaration de volonté se limite à la désignation même de l'objet de l'acte : l'agent veut vendre ou acheter telle chose, porter à la connaissance d'autrui tel fait, céder tel droit...

Dès que ce mouvement initial s'est manifesté, on quitte le domaine du vouloir pur et simple pour entrer dans celui de la réalisation de l'acte.

363. — Volonté et droit.

Pour être efficace, la volonté doit alors se conformer à la loi et s'intégrer à toutes les normes juridiques en vigueur. Dès lors, le vouloir cesse d'être autonome : il est pris en charge par le droit.

Sur une intention nette, sur un désir brut, vont venir se greffer par catégories entières des impératifs juridiques qui réagissant entre eux formeront un véritable réseau de droits et d'obligations.

La science juridique est d'ailleurs parvenue à un tel stade d'élaboration que la plupart des opérations sont désormais minutieusement répertoriées et ordonnancées. Il existe une solution légale pour chacune d'elles.

Par le jeu des lois supplétives de volonté, le juriste napoléonien comme un bon père de famille, a cherché à se substituer à l'individu dans la réalisation de ses intentions. Cent ans plus tard, le législateur devenu sociologue, s'est senti responsable du bien social et il a imposé toutes sortes de modalités à l'initiative privée. Le résultat de ce concours de circonstance ? La volonté du XX^e^ siècle est une volonté assistée par les textes, et asservie par les règlements. Les praticiens possèdent si bien conscience de ce phénomène qu'ils canalisent les déclarations de volonté dans des actes types consacrés par l'usage et la jurisprudence. Peut-être, s'agit-il d'une nouvelle tendance au droit formulaire ou encore de la disparition des contrats innomés.

364. — La volonté assistée.

Pour toutes ces raisons, il est légitime de dire que la volonté s'exprime de moins en moins librement. Elle est enfermée dans un carcan de lois impératives, de procédés techniques d'interprétation et d'usages traditionnels. En pratique, elle a perdu la plus grande part de son autonomie : à peine révélée ou manifestée dans une déclaration quelconque, elle déclenche l'application des textes interprétatifs ou supplétifs qui vont automatiquement régir ses effets et sa portée. La volonté tend à devenir seulement le point de départ de mécanismes juridiques préétablis et dont elle perd ensuite le contrôle. Assistée au départ par le Code civil, la volonté est en outre subjuguée par la prolifération des textes réputés « d'ordre public ».

365. — Si l'on prétend étudier l'action, il est donc absolument insuffisant de s'en tenir à la déclaration ou à la manifes-

tation de volonté, puisque cette dernière n'intervient qu'en concurrence avec des modalités légales. Elle ne peut ainsi prétendre régir pleinement l'acte ni en déterminer, à elle seule, tout le contenu.

Aux côtés de ce qui naît *ex voluntate*, il faut tenir compte de ce qui advient *cum voluntate*. Ce point est fort important. Car si l'on admet avec nous que la conduite de l'action n'a pas pour principe unique le vouloir et la personnalité de l'agent, mais qu'elle dépend aussi des lois et des règlements, voire des usages, on comprendra aisément la présence des réserves aux côtés du vouloir.

Ces réserves manifesteront un recul, un retrait de l'agent devant la définition et le contenu de son acte, tel qu'il résulterait de l'application des règles ordinaires du droit.

Les réserves ne contredisent donc pas le vouloir lui-même, mais elles le soustraient à l'emprise des procédés techniques habituels.

366. — Liberté et relativité du vouloir.

Dans quelle mesure les réserves peuvent-elles affranchir l'action des voies que lui a tracées le législateur ? Dans quelle proportion la volonté retrouve-t-elle son autonomie lorsque la réserve tient à distance les automatismes juridiques ? C'est précisément ce qu'il importe de déterminer maintenant.

Deux principes doivent guider notre réflexion : d'abord celui de la consécration dans notre droit de la volonté interne, ensuite celui de la relativité de la volonté.

1) En droit français, il est admis que la volonté profonde, réelle, doit prendre le pas sur la manifestation extérieure. Par conséquent, il semble évident que l'agent a toute latitude pour procéder à la répudiation des mécanismes légaux (supplétifs et interprétatifs) qui sont et qui demeurent à son service. Il devrait, si toutefois la jurisprudence ne se montrait pas timorée à ce sujet, pouvoir reprendre en mains et régler personnellement le contenu intégral de ses actes. Mais sans aucun doute, en suivant uniquement cette ligne de raisonnement, on reviendrait au dogme périmé de l'omnipotence de la volonté.

2) Le second principe vient atténuer les effets du premier. En effet, quelle que soit l'efficacité de la volonté, elle demeure relative. Un individu, même passionné, même méticuleux, reste incapable de vouloir autrement que temporairement et, dans une certaine mesure, a priori. On veut, on désire, on souhaite, à un moment donné, pour une période plus ou moins longue, mais jamais pour l'éternité [57].

57. *Tempora mutantur et nos in illis* (précitée).

De même, l'agent voudrait-il prévoir les moindres aboutissements, les plus petites modalités de ses actes qu'il n'y parviendrait pas, tant la réalité se charge de déjouer les plans les mieux établis. En tout état de cause, l'aboutissement de nos actes est imprévisible. Les textes supplétifs et interprétatifs correspondent donc à une nécessité : ils servent de palliatif à l'incapacité naturelle de l'homme à organiser son avenir.

Si la volonté est libre, en principe, elle ne peut se dispenser totalement du soutien des mécanismes des codes. Il serait vain de prétendre écarter toutes les dispositions légales qui servent de tutelle à l'action. En revanche, il est parfaitement licite d'écarter *expressément* certaines d'entre elles lorsqu'elles ne correspondent pas au résultat que nous souhaitons atteindre.

367. — Cette constatation frôle l'évidence, et il peut sembler superflu de démontrer, en définitive, que l'agent peut écarter par des réserves, les textes supplétifs de volonté. Cependant la jurisprudence donne à penser le contraire. Les juges répugnent à rechercher si un individu peut choisir entre les différents effets d'un acte traditionnel [58]. Ils ont tendance à estimer que, à partir du moment où une personne a accompli une opération d'un certain type, elle a par avance souscrit à toutes les conséquences que la loi attribue à ce genre d'acte. Les réserves dans l'action sont ainsi mal accueillies et, le plus souvent, écartées injustement sous prétexte d'obscurité ou de contradiction.

368. — Infirmité du vouloir brut.

Pour cette raison, les développements qui vont suivre s'attacheront principalement à mettre en évidence la légitimité de cette attitude. Nous verrons que, loin de contrarier l'œuvre de la volonté, les réserves viennent à son secours pour dissiper les équivoques et lui donner un champ d'action plus précis et une portée étroitement définie dans le temps.

Il faut admettre que le vouloir demeure une force brute incapable d'ordonner à elle seule une situation juridique complexe. Il exige l'appoint de textes légaux dans la réalisation de l'acte, et du même coup, il devient prisonnier de cette tutelle.

Il apparaît donc quelque peu infirme hors des cas où il suffit de déclencher la réalisation d'un acte type. En marge de ce que l'agent veut, il lui faut parfois préciser les limites, le contour de ce qu'il ne veut pas. C'est alors que les réserves sont réellement complémentaires de l'action. Elles neutralisent les interpréta-

58. Ceci d'autant plus que la jurisprudence ne sait pas toujours très bien si les dispositions d'un texte sont, ou non, d'ordre public.

tions sommaires, les automatismes et les immixtions du juridisme qui dénaturent les intentions de l'agent. Elles ramènent la portée d'un acte à ce qui a été réellement voulu. Elles sont le gage du respect de la volonté pure, elles lui donnent une précision, une sûreté et finalement une efficacité qu'elle n'aurait pas toute seule ; ainsi, elles l'achèvent, elles l'accomplissent [59]. Elles sont donc complémentaires de l'action. Leur rôle apparaît dans deux domaines bien distincts, comme nous allons le voir, soit qu'elles définissent le champ de l'action, soit qu'elles limitent sa portée dans le temps.

Section I. — *La réserve définit le champ de l'action.*

369. — L'action soumise aux systèmes d'interprétation, au principe de cohérence et aux mécanismes des codes, apparaît en définitive, à l'individu, sous un jour assez inquiétant : elle dépasse souvent le cadre de ce qui a été initialement voulu et entraîne l'agent dans des réseaux d'obligations imprévues.

Le droit est une science approximative des relations humaines et il procède par généralités. Les intérêts individuels sont parfois perdus de vue au profit de la sécurité collective. A un acte, à une attitude, les textes et la jurisprudence rattachent non pas un objet, mais plusieurs, non pas un effet, mais une succession d'effets médiats et accessoires.

Ces imperfections du système juridique ne sont pas nouvelles. Mais à mesure que le volume des tractations augmente pendant que la durée qui leur est consacrée diminue, on assiste à une véritable automatisation de l'évolution des situations juridiques individuelles. Nous avons déjà évoqué ce phénomène et il nous suffira de citer ici des extraits doctrinaux reflétant la même préoccupation.

370. — Thèse de Gounot :

« (La jurisprudence) encore toute pénétrée du souvenir des catégories romaines et habituée depuis des siècles à un système compliqué de constructions rigides, a eu trop souvent pour unique objectif, en face des manifestations juridiques des volontés autonomes, de les « catégoriser », c'est-à-dire de les réduire toutes à des types hiératiques définis par la loi, pour leur appliquer ensuite de plano, d'après les procédés d'une logique très étroite

59. Sur le sens du mot complément : être complet se dit d'une chose à laquelle il ne manque rien : on complète ce qui n'est pas achevé. Dans les termes : complet, complément, compléter, existe l'étymologie latine *complere* : accomplir.

et sans plus se soucier des intentions vraies des parties, toutes les règles afférentes à ces types [60]. »

Citons encore le doyen Gény qui a soulevé des questions du même ordre. Notamment, il écrit, quant à la rigidité néfaste des concepts juridiques : « Le développement du Droit romain impliquait en lui-même une place prépondérante aux catégories juridiques [61]. » Plus loin il ajoute à propos de l'abstraction dans les notions de droit moderne : « Ici interviennent les conceptions et les constructions juridiques. On laisse en arrière le but rationnel et pratique des institutions pour n'en retenir qu'un élément idéal dépourvu de contact avec la nature et la vie. »

371. — La déclaration de non-volonté, complément de la volonté.

En se juxtaposant à la volonté, *la réserve ou déclaration de non-volonté,* exclut expressément du champ de l'acte les effets étrangers à sa réalisation immédiate... Elle établit une distinction entre l'acte personnel et l'acte type ; elle rejette les enchaînements par catégorie, elle permet à l'agent le contrôle de son intervention, en limitant les modifications de la situation juridique à ce qui est strictement intentionnel.

En effet, les dispositions supplétives de volonté ne sauraient se déclencher en présence de réserves qui leur dénient tout fondement.

Ainsi volonté et non-volonté peuvent se conjuguer harmonieusement dans la création d'un acte nuancé, exactement comme l'ombre et la lumière, pour employer une image facile, forment un tableau.

Cette attitude mixte (déclaration de volonté assortie de réserves) est susceptible d'apparaître dans une infinité de situations que l'on peut ramener à deux types principaux :

— ou bien l'individu se heurte à des concepts abstraits qui groupent en une opération deux notions voisines, que lui-même entend distinguer,

— ou bien l'agent entend choisir parmi deux ou plusieurs effets de droit que la technique juridique unit traditionnellement, mais *non nécessairement.*

372. — Dans ces hypothèses, l'agent est amené à prendre une attitude composée dans laquelle il cherche à obtenir un effet de droit (c'est l'acte proprement dit) sans faire sien l'ensemble de l'opération telle qu'elle est décrite dans le code. La

60. *Op. cit.,* p. 201 et s.
61. *Interprétation en droit privé positif,* p. 171.

légitimité de ce procédé va être immédiatement mise en évidence par l'exemple de la novation et de la délégation. Dans ces opérations, en effet, le législateur lui-même a prévu la possibilité pour l'agent d'effectuer un choix entre les différents effets qui lui sont proposés.

373. — Le cas de la novation.

— Articles 1276, 1278 et 1280 du Code civil relatifs à la novation et à la délégation.

La doctrine accorde traditionnellement deux effets à la novation : effet créateur et effet extinctif. L'effet extinctif résulte de la disparition de la première obligation et *entraîne la disparition des sûretés qui s'y trouvaient attachées*. Cette conséquence purement logique a généralement le don de mécontenter les deux parties. En effet, note Fréjaville, « le créancier perd le bénéfice des garanties qu'il avait et le débiteur perd le bénéfice des exceptions qu'il possédait. Elle (l'opération) n'est avantageuse pour aucune des deux parties [62] ». Voilà l'exemple-type du juridisme néfaste.

Comme cette règle ne correspond pas à la nécessité des transactions, le législateur a prévu une échappatoire pour le cas où la novation provient du changement de créancier. C'est l'article 1278 : « Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent pas à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait *expressément réservés*. »

Cette consécration légale du rôle des réserves met en évidence la théorie que nous venons d'exposer. Cependant, de nombreux auteurs [63] s'empressent de faire remarquer que cette solution demeure très exceptionnelle. Probablement parce qu'elle constitue dans leur esprit une entorse à la logique juridique !

Sans doute, en technique pure, l'extinction de l'ancienne obligation considérée isolément devrait entraîner la disparition des sûretés par voie accessoire. Mais n'est-ce pas jouer avec le temps et sur les mots que de prétendre contraindre, dans un même acte, l'agent à :

1) renoncer aux sûretés anciennes,
2) créer une obligation nouvelle,
3) constituer de nouvelles sûretés.

Pour respecter l'enchaînement des causes et des effets, issus d'ailleurs d'une représentation idéale, il faudrait mettre fin à une hypothèque pour la reprendre quelques secondes plus tard en perdant rang !

---

62. Cours de droit civil, IIe année de licence.

63. Par exemple, Demolonbe, t. XXVIII, n° 251 — Fuzier Herman — Demogue, Code an., art. 1278.

En fait, la sage solution de l'article 1278 ne semble illogique qu'à ceux qui déclarent indissociables l'effet créateur et l'effet extinctif de la novation. Sinon le problème ne se poserait pas et d'ailleurs il ne se pose pas pour les contractants qui cherchent seulement un résultat pratique. Fréjaville terminait d'ailleurs son cours par une observation qui souligne l'écart entre les thèses doctrinales et la pratique : « La difficulté qu'il y a d'exposer les effets de la novation tient au fait que ces effets ne sont très nets qu'en théorie. La novation étant conventionnelle, ses effets vont nécessairement découler de l'interprétation de la convention, interprétation qui est susceptible de varier suivant les circonstances. » C'est admettre en termes généraux que la novation, comme de nombreux autres actes, ne constitue pas, en dehors des écoles, un tout indivisible.

374. — Le cas de la délégation — article 1275.

On sait que la délégation est une opération par laquelle le déléguant invite le délégataire à accepter comme débiteur une autre personne. Plus simplement la délégation consiste à donner au créancier un nouveau débiteur.

Or, l'article 1276 décide : « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, *à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse.* »

La première moitié de ce texte a trait à ce qu'il est convenu d'appeler la délégation parfaite. La seconde moitié évoque la délégation imparfaite.

Ces appellations curieuses ne figurent certes pas dans le Code mais elles sont le fruit des jugements de valeur que les juristes doctrinaires ont porté sur les deux formes de délégation.

Quelle est donc l'imperfection de la seconde forme ?

Quel est son vice par rapport à la première ?

Dans l'esprit classique, elle est impure car elle contient une réserve, véritable terreur du théoricien cartésien ! Les effets de la délégation dite « parfaite » sont catégoriques : en déléguant on libère du même coup le débiteur; ainsi le mécanisme joue à plein : le circuit est bouclé. C'est par excellence l'exemple de l'opération à double tranchant où deux effets se trouvent liés sans utilité immédiate. On ne voit pas pour quelle raison, en effet, le créancier qui accepte la délégation, renoncerait directement au recours contre le débiteur initial. Il ne faut pas perdre de vue que, pour le créancier, le but premier de l'opération réside dans la création de rapports neufs entre lui-même et le nouveau créancier. La disparition immédiate de ses droits envers le premier débiteur ne constitue qu'un aspect possible et non nécessaire de l'acte. D'ailleurs, dans la plupart des cas, les créanciers

préfèrent dissocier la cession et l'extinction de la créance en ayant recours à la délégation imparfaite. Ainsi Fréjaville note : « De ces deux délégations, c'est la seconde qui est de beaucoup la plus fréquente. Elles sont donc très mal nommées car la délégation imparfaite est celle qui produit les meilleurs effets [64]. »

375. — La remise de dette.

« La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des co-débiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément *réservé* ses droits contre ces derniers » — article 1285 —.

La remise de dette constitue un acte volontaire qui produit ses effets entre le créancier et un débiteur. Mais, de cette attitude prise à l'égard d'un individu, le Code civil fait une prise de position générale, une norme qui régit toute la situation juridique objective. La remise de dette rejaillit automatiquement (article 1285) sur tous les tiers intéressés. Sans doute, on expliquera la portée exorbitante de cet acte par la nature de l'état de solidarité. Mais, ceci fait, on aura seulement consacré une fois de plus l'application de la logique juridique qui, d'une attitude particulière, passe à une attitude catégorique.

Cette extension systématique de la remise de dette à tous les co-débiteurs présente évidemment de graves inconvénients pour les créanciers libéraux. C'est la raison pour laquelle la fonction préservatrice des réserves est expressément indiquée dans l'article 1285 in fine.

Dans cet exemple, on notera une fois encore que le Code crée une situation complexe a priori en ménageant subsidiairement, par les réserves, une solution plus normale.

376. — Les difficultés soulevées par l'application de l'article 1287

Dans les cas précédents, nous avons vu que le législateur avait formellement prévu l'usage des réserves pour aider l'agent à se dépêtrer des mécanismes insolites que renferment les codes. Dans une situation très voisine — celle que pose l'article 1287 — la loi demeure muette sur l'emploi éventuel des réserves. De cette lacune, sont nées de sérieuses difficultés dont les tribunaux ne sont jamais sortis sans équivoques.

Les praticiens évitent désormais le piège de l'article 1287 ; néanmoins, la question mérite d'être approfondie ne serait-ce que pour son intérêt théorique.

---

64. Fréjaville, précité. Cf. également : *Traité de droit civil,* Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, n° 1825.

377. — Le texte de l'article 1287 dispose : « La remise ou décharge conventionnelle libère les cautions. » Au premier abord, la question paraît donc d'une grande clarté. Et pourtant, il suffit de se demander si cette disposition est impérative, ou non, pour rouvrir un débat qui a donné lieu à des controverses doctrinales passionnées [65]. En un mot, la solution contraire est-elle possible ? *Le créancier peut-il libérer le débiteur principal en réservant ses droits contre la caution ?*

Autrement dit encore, peut-on adopter envers la caution (art. 1287) la même attitude qu'envers un co-débiteur solidaire (art. 1285) ?

Si ce problème mérite une réponse très claire, il faut savoir au départ qu'il ne peut exister de solution parfaitement équitable. Les protagonistes possèdent chacun des intérêts légitimes et on ne saurait les départager sans prendre parti dans la lutte éternelle qui dresse face à face débiteurs et créanciers.

378. — La première réponse possible consisterait à dire que les dispositions de l'article 1287 sont impératives, ce qui résoudrait le problème par le vide, en le supprimant. Mais il resterait à prouver que ce texte est réellement impératif alors que rien n'est moins sûr. De toute manière, il est impossible de trancher le problème à ce niveau, sans connaître les prétentions respectives de chacun des protagonistes, créancier et caution.

379. — *La thèse des créanciers.*

On conçoit fort bien l'attitude d'un créancier qui, au moment de récupérer ses fonds, peut s'adresser à deux personnes dont l'une est insolvable. L'esprit pratique aussi bien que les considérations morales le portent à renoncer aux poursuites vers le débiteur impécunieux pour les diriger contre la caution. Poursuivre le débiteur dans ce cas conduit souvent à le mettre en état de cessation de paiement et à l'acculer à la faillite.

Le créancier fort des deux liens de droit qui l'unissent et au débiteur principal et à la caution, est tenté de consentir une remise de dette au premier exclusivement, *en réservant ses poursuites* pour le second. Ce n'est peut-être pas un geste généreux ; c'est néanmoins un acte utile dans la mesure où il écarte dans l'immédiat la faillite.

Pour tourner l'article 1287 qui déclare la caution libérée par le simple fait de la décharge du débiteur principal, le créancier dans l'acte de remise de dette formule expressément la réserve

---

65. Cf. Laurent, *Traité de droit civil*, t. XVIII, n° 371. Note Bertauld, ss. Caen, 10 juin 1868, D. 1868.1.97 ; note Voirin, ss. Nancy, 1933. Cf. *infra*, n° 383.

de ses droits envers la caution. Sur le plan technique, cette attitude mixte qui dissocie deux liens de droit nonobstant l'article 1287, ne diffère pas de celles que nous avons étudiées précédemment, à propos des articles 1276 et 1285. Sur le plan moral, on peut ajouter que le sort de la caution ne s'écarte pas du rôle qu'elle a voulu jouer : son engagement a indubitablement contribué à la remise consentie au débiteur principal par le créancier. Ainsi elle remplit ce que dans l'esprit du Code on appelait « un service d'ami », elle honore son contrat d'intervention. Il n'y a, semble-t-il, ni injustice, ni incohérence de la part du créancier à traiter le débiteur comme un insolvable, et la caution comme une caution. La solution qui consiste à introduire des réserves à l'égard d'une caution possède donc de sérieux arguments.

380. — *La thèse de la caution.*

Les cautions font valoir qu'elles ne doivent plus répondre d'une obligation dont le débiteur principal a obtenu libération. Nous représentons, disent-elles en peu de mots, la garantie, l'accessoire, le subsidiaire, et notre engagement tombe avec sa raison d'être, c'est-à-dire avec celui du débiteur pour lequel nous sommes intervenues. Nous ne cautionnons pas les créances sans débiteur, ni les dettes éteintes, ni les obligations abstraites. Or les réserves que le créancier insère dans la remise de dette méconnaissent non seulement notre rôle, mais encore elles aggravent notre situation.

En effet, l'engagement des cautions se tempère du bénéfice de discussion et de l'exception de subrogation qui deviendraient illusoires dans l'hypothèse envisagée. En outre, le recours exercé après paiement risque de se heurter au refus du débiteur principal qui exhibera la remise de dette consentie par le créancier [66].

Ces arguments sont de poids et il ne semble pas nécessaire de les détailler car nous allons les retrouver dans l'étude des cas jurisprudentiels.

Il suffit, pour l'instant, de comprendre l'amertume des cautions qui seraient réduites à supporter seules le poids d'un arrangement entre créancier et débiteur. Il faut bien admettre que leur thèse peut, elle aussi, se recommander de l'équité et d'arguments techniques sérieux.

381. — Le problème apparaît ainsi sous son jour réel : deux solutions valables en présence, une injustice latente de part et d'autre.

Malheureusement pour la clarté de cet exposé, la technique

66. Voir *infra*, Jurisprudence.

juridique a son mot à dire dans ce domaine. La doctrine prétend y trouver des arguments décisifs pour trancher le débat. Il faut donc examiner ces points de vue avant d'entreprendre l'étude des cas concrets jurisprudentiels.

382. — *Les propositions de la doctrine classique.*

L'argument, mis en avant par de nombreux auteurs pour écarter les réserves du créancier à l'égard de la caution, repose sur le caractère accessoire du cautionnement [67]. La remise de dette éteint la dette, à plus forte raison éteindrait-elle le cautionnement qui n'existe que par elle. Mais ce faisant, on ne résoud rien, on pose à nouveau le problème de la légitimité de l'attitude du créancier. Ce dernier peut-il écarter le caractère accessoire, le dissocier du principal ? Le postulat qu'une caution représente l'accessoire s'impose-t-il, ou non, au créancier ? Après tout, il existe bien un lien direct, un engagement sans détour entre la caution et le créancier. Plus encore, cet engagement peut prendre une forme occulte [68], se créer à l'insu du débiteur et en définitive être contesté par ce dernier [69]. Il s'agit donc d'un accessoire dont le lien avec l'obligation principale reste assez souple et ne s'impose pas à toutes les parties avec la même évidence. On ne peut empêcher que le créancier ait, à un moment donné, deux engagements directs à propos de la même dette et qu'il soit tenté de choisir l'un ou l'autre sans s'occuper de savoir — préoccupation toute intellectuelle — si le premier conditionne le second. Le caractère péremptoirement accessoire de la caution ne figure d'ailleurs pas explicitement dans le Code et il faut se garder de voir dans les notions pédagogiques et abstraites, inventées pour expliquer les effets de droit, la raison même de leur existence.

Un autre argument théorique figure dans le *Traité de droit civil* de Laurent [70]. Il a pour base une distinction entre les remises de dette réelles et les remises de dette personnelles. Cette distinction remonterait à Pothier. La remise de dette serait réelle en principe et personnelle par la volonté du créancier. Tel serait le cas dans l'article 1285. On peut sans doute poser le problème ainsi et se demander si l'article 1287 admet la remise de dette personnelle. Mais il nous semble que ce faisant, on ne fait que déplacer la question sans trouver de réponse plus décisive.

La dernière solution apparue se fonde pourtant sur cette

67. Dans ce sens, note Voirin précitée ; Fréjaville, *Cours de droit civil*, 1954-1955 ; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, n° 1969, etc.

68. Article 2014 du Code civil.

69. Article 2031 du Code civil.

technique. Elle s'appuie sur les différentes sortes de cautionnement (réel, personnel, solidaire) pour justifier une pluralité de régimes. Nous verrons la valeur de ce point de vue en étudiant la dernière jurisprudence en ce domaine.

383. — *Les positions successives de la jurisprudence.*

On trouve, en premier lieu, une affaire qui occupa pendant quelques années les juridictions françaises. Elle passa devant le tribunal et la Cour de Rouen, puis monta à la Cour de cassation [71]. On la retrouve ensuite devant la Cour de renvoi de Caen [72].

L'espèce ne sort pas de l'hypothèse que nous avons décrite dans les développements précédents : un débiteur au bord de la faillite, des créanciers accommodants qui traitent à l'amiable, des cautions mises en cause après l'arrangement et qui se dérobent en invoquant la remise de dette et l'article 1287 du Code civil.

Le tribunal et la Cour de Rouen adoptèrent une position hardie : l'arrangement amiable entre le créancier et un débiteur en état de cessation de paiement s'avère dicté par la nécessité tout comme un concordat. Dès lors, il faut considérer que la remise de dette est dépourvue de toute intention libérale et qu'ainsi, elle ne doit pas profiter aux cautions.

La hardiesse de cette solution consiste non pas tant à dire qu'il faut assimiler l'arrangement amiable au régime commercial du concordat, mais à laisser entendre implicitement que l'application de l'article 1287 se restreint aux seuls cas où une intention libérale, l'*animus donandi*, guide le créancier. Cette interprétation du texte, défavorable aux cautions, semble plausible et même vraisemblable dans l'esprit des rédacteurs du Code, elle dépasse néanmoins les termes stricts de l'alinéa premier : « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. »

Saisie de l'affaire, la Cour de cassation rejeta cette construction, aux motifs « que le caractère et les effets du concordat ne sauraient appartenir à un arrangement intervenu dans un cas où, comme dans l'espèce, la faillite du débiteur n'ayant pas été déclarée, il n'y a eu ni vérification de créance, ni... (autres formalités), qu'en l'absence de ces conditions... la remise accordée au débiteur constitue une *remise volontaire* réglée par les articles 1287 et 2037 du Code civil. »

Peu soucieuse des intentions du créancier, la Cour de cassation ne connaît comme critère d'application de l'article 1287 que

---

70. Laurent, *Traité de droit civil*, t. XVIII, n° 371.
71. Cass. civ. 17 juin 1867, D. 1867.1.219.
72. Caen, 10 juin 1868, D. 1868.2.97.

celui qui s'y trouve exprimé : la remise est conventionnelle ou elle ne l'est pas. Si elle repose sur une convention, le texte s'impose et il est inutile de chercher si la générosité animait ou non le créancier. Cette application rigoureuse du Code demeure assez conforme à la faveur dont les cautions jouissent traditionnellement auprès des hommes de loi.

Devant la Cour de renvoi [73], les thèses s'affrontèrent à nouveau avec plus d'acharnement encore, semble-t-il, et donnèrent lieu à un arrêt très solidement motivé qui consacre définitivement l'application stricte de l'article 1287 au profit des cautions dès lors que la remise est intervenue volontairement. Une note brillante [74] de l'avocat des créanciers expose tous les arguments moraux qui auraient pu conduire à la solution inverse. Curieusement, à un siècle d'écart, il semble toutefois que les créanciers n'aient pas assez insisté sur la portée des réserves qu'ils avaient insérées dans la remise de dette. Le conflit s'était axé sur les divergences entre les solutions commerciales (régime de la faillite, article 545 du Code de commerce) et la solution civile de 1287. Il semble que la question des réserves en cette matière n'a pas été épuisée.

L'arrêt de la Cour contient cependant deux considérations marginales dont l'utilité apparaîtra lorsque le moment sera venu de donner notre opinion personnelle :

— en premier lieu « Qu'en demandant sa libération, par application du principe contenu dans l'article 1287 du Code Napoléon, H. (la caution) ne scinde pas la convention (la remise de dette), qu'il se borne à tirer la conséquence légale de la remise volontaire faite par le créancier, et qu'en l'absence de solidarité stipulée, les réserves ne peuvent faire exception à ce principe qu'autant que la *caution aurait consenti à ce qu'il en fut ainsi à son égard* » ;

— En second lieu : « Considérant d'ailleurs que L. et consorts (créancier) doivent s'imputer *d'avoir agi sans s'assurer du concours de leur caution ;* que leur intérêt étant commun, il leur était facile de se concerter et de s'entendre à cet égard. »

Il y a là deux idées que nous exploiterons plus loin :

— la remise n'est probablement consentie que dans la mesure où les cautions resteraient obligées ;

— les intérêts communs du créancier et de la caution excluent les initiatives unilatérales.

A la même époque, la Cour l'Orléans [75] fut appelée à statuer sur une affaire voisine, mais plus curieuse encore.

---

73. Caen, 10 juin 1868, D. 1868.2.97 et la note en sens contraire.
74. Voir la note, *idem*, Dalloz, 1868.2.97.
75. Orléans, 6 juin 1868, D. 68.2.224.

Le créancier avait accordé une remise de dette au débiteur tout en réservant leurs droits à l'égard de la caution et en stipulant, de surcroît, que cet acte serait innopposable à la caution lors de son recours contre le débiteur. En d'autres termes, il s'agissait d'un acte sans aucune intention libératoire, puisqu'il laissait subsister expressément le recours de la caution, et qui régissait strictement les rapports du créancier et du débiteur. La caution ne pouvait s'en prévaloir contre le créancier, et le débiteur ne pouvait l'opposer à la caution.

Le tribunal civil de Tours et, à sa suite, la cour d'Orléans, validèrent ce procédé. Le motif déterminant fut sans aucun doute le suivant : « Attendu que, de tout ce qui précède, il résulte donc que les conventions verbales, stipulations intervenues entre les consorts B. et E. ne portant aucune atteinte aux droits des créanciers contre les cautions, tout en respectant ceux de la caution contre le débiteur originaire, sans aggravation, ni atténuation de part et d'autre ; qu'elles doivent donc recevoir leur exécution... »

La Cour suprême n'a pas eu à connaître de cette affaire, ce qui est regrettable pour l'unité jurisprudentielle.

384. — Pour l'instant, nous pouvons faire le point de la jurisprudence au siècle dernier.

Deux décisions définitives, assez peu concordantes, dont l'une exclut les réserves pour les remises volontaires, et dont l'autre les valide si elles ne nuisent pas à la caution. Deux critères différents : l'un subjectif, le volontariat dans la remise de dette ; l'autre objectif, le sort de la caution.

Sans doute avertis, les praticiens évitèrent longtemps cette question épineuse qui inéluctablement réservait des désillusions à l'une des parties intéressées, que ce soit le créancier frustré de ses réserves, ou la caution trahie par le débiteur.

385. — Une affaire remit tout en cause devant les tribunaux, il y a une trentaine d'années (Nancy, 1er mai 1932) [76].

Les faits sont simples.

Le compte courant d'un individu se trouvait débiteur. La banque exigea une garantie qui fut fournie sous la forme de titres déposés par un tiers en gage et qu'il était loisible de réaliser sur le champ. Il s'agissait donc d'un *cautionnement réel.*

Le débiteur fut ensuite admis au bénéfice de la liquidation judiciaire. Le débiteur s'engagea à rembourser sa dette moins les intérêts. La banque accepta *en réservant ses droits* à l'égard de la caution. Cette dernière actionnée saisit les tribunaux. La

76. Cour d'appel de Nancy, D. 1933.2.1.

Cour de Nancy valida l'attitude de la banque et l'admit au bénéfice de ses réserves contre la caution : « Attendu que X. (caution) prétend être libéré par la remise des intérêts accordée (au débiteur) par application de l'article 1287 du Code civil — attendu que X. ne s'est pas porté caution de son fils, mais qu'il a remis un gage ; que l'article 1287 du Code civil est donc ici sans application ; ... qu'il a été convenu que la banque réservait tous ses droits vis-à-vis des tiers... »

On notera les arguments, et, du même coup, leur faiblesse. Il n'est plus question, ici, du caractère volontaire de la remise de dette ni du sort de la personne qui a bien voulu intervenir en qualité de caution. Au contraire, les juges prennent cette fois-ci un critère différent, celui de *la nature de l'intervention* : le cautionnement était réel, il constituait un gage. On sent bien pourtant qu'il ne suffit pas de dire que l'article 1287 ne prévoit pas le cautionnement réel pour éluder le problème. Serait-ce parce que le gage entraîne dépossession de la part de la caution, ou bien parce que le créancier a des facilités certaines d'exécution sur le bien confié ? Ce sont là des raisons très matérielles qui ne justifient pas une telle différence de régime entre la caution personnelle et la caution réelle.

La légitimité des réserves ne nous semble nullement établie dans cette espèce ; en vérité, elle ne l'est ni plus ni moins que dans les cas étudiés précédemment. Nous ne voyons pas autre chose dans cet arrêt de la Cour de Nançy qu'une hésitation jurisprudentielle supplémentaire.

386. — Si nous faisons le bilan de ces recherches en droit pratique, nous trouvons deux arrêts de la Cour d'appel [77] favorables à la validité des réserves à l'égard des cautions, et un arrêt de la Cour suprême qui les écarte. Trois critères différents ont présidé à ces solutions : le premier tenait à l'attitude du créancier (la remise volontaire entraînait par cohérence l'application de l'article 1287), le second tenait compte des incidences de cette attitude sur le sort de la caution (les réserves avaient ou n'avaient pas d'incidence sur les charges de la caution), le troisième prenait en considération la nature du cautionnement. Il paraît donc difficile de faire le point sur la manière dont la jurisprudence a tenté de résoudre le problème.

387. — A ce propos, il convient de signaler la note très complète de M. Voirin sous la dernière espèce étudiée [78]. Cet

77. Orléans, 1868, précité ; Nancy, 1932, précité.
78. D. 1932.2.1.

auteur propose un moyen pour ramener à l'unité les décisions de la jurisprudence. Il suffit d'établir une distinction entre la remise de dette proprement dite et les remises de poursuites. M. Voirin n'adhère cependant pas à cette solution qu'il estime mauvaise. A son avis, la simple remise de poursuite rend possible la subrogation de la caution[79]. Or, dans ce cas, dit-il, il n'y a, en réalité, aucune décharge ni de la dette, ni des poursuites. D'autre part, la caution ne rendrait service en rien au débiteur si elle devait rester tenue après la libération de ce dernier et, en définitive, se retourner contre lui.

388. — Notre opinion personnelle est en désaccord sur ce dernier point avec l'avis de M. Voirin. Nous pensons, au contraire, que la caution joue son rôle, quand, par sa présence, elle permet au débiteur de bénéficier, même temporairement, des remises de poursuites.

Par conséquent, sans chercher plus loin, nous voulons savoir si cette opération — remise de dette avec réserves à l'égard de la caution — est juridiquement réalisable.

L'article 1287 qui fait profiter la caution de la remise accordée au débiteur est jusqu'à preuve du contraire, un texte simplement supplétif de volonté. Il règle les rapports juridiques des parties en cause, il définit leur situation juridique respective. On peut certainement l'écarter, mais puisque ses effets concernent plusieurs personnes, sa révocation relève de toutes les volontés intéressées.

En d'autres termes, nous estimons possibles toutes les dérogations à l'article 1287 à condition cependant qu'elles interviennent dans une forme conventionnelle et non pas unilatérale.

389. — Le régime de la caution résulte de l'acte initial de cautionnement.

Dans tous les cas examinés plus haut, le créancier prétendait agir seul et du même coup réglementer unilatéralement la situation juridique, notamment le sort de la caution. Précisément, le sort de la caution est fixé par l'article 1287 depuis le jour où elle a pris son engagement initial. L'erreur du créancier consiste à croire que sa volonté joue encore un rôle à l'égard de la caution, au jour où il consent la remise de dette.

Il se trompe : sa volonté seule ne peut plus modifier le régime de la caution qui résulte de l'acte initial de cautionnement. Si dans cet acte, l'application de l'article 1287 n'a pas été écartée, il est impossible de revenir sur l'ordre établi sans

79. Cf. Orléans, précité.

l'accord de tous les intéressés. Les réserves — ou état de non-volonté — sont alors bien vaines sur un point qui a déjà été tranché virtuellement.

Pour écarter l'application de l'article 1287 au moment de la remise de dette, la seule démarche possible consiste à aller trouver la caution et à lui faire approuver l'acte et les réserves qui y sont jointes. En d'autres termes, il faut que la caution renonce à se prévaloir de cette disposition qui fait partie de son statut depuis le jour où elle s'est engagée.

390. — Le problème a été résolu en pratique.

En pratique, d'ailleurs, l'approbation par la caution des actes que le créancier accomplit envers le débiteur est un procédé courant, notamment dans les banques et les organismes corporatifs de crédit mutuel qui possèdent le monopole presque total des opérations de cautionnement.

C'est la raison pour laquelle les décisions de jurisprudence sur le sujet qui nous préoccupe sont devenues si rares depuis un siècle. Le problème a été résolu par les praticiens lassés des incertitudes de la jurisprudence. Il relève donc désormais des hypothèses d'école.

391. — La solution théorique.

Il arrive parfois que les hypothèses d'école reviennent sur la scène judiciaire par l'inadvertance d'un plaideur ou l'ignorance d'un agent d'affaire. S'il devait en être ainsi, nous pensons que la remise de dette avec réserve à l'égard de la caution ne peut résister aux arguments que nous avons examinés et qui tiennent en peu de mots : antériorité du régime de la caution sur la remise de dette, et, par suite, dérogation exclusivement conventionnelle à ce régime ensuite.

Si les tribunaux ne peuvent accorder au créancier le bénéfice de ses réserves, nous ne croyons pas pour autant à la valeur d'une solution où le créancier serait totalement pris au piège de l'article 1287.

Il est, à notre sens, parfaitement injuste de faire supporter au créancier une remise de dette intégrale, si ses réserves — mêmes inefficaces — montrent que telle n'était pas sa volonté.

Il est, en effet, à peu près certain que le créancier ne consentirait jamais une remise de dette s'il n'avait pas foi dans le cautionnement. La cause, la raison de son acte, résident dans l'engagement parallèle de la caution, dans la certitude d'obtenir d'elle le remboursement final de la créance.

Dans ces circonstances, il apparaît plus normal pour un tribunal de déclarer indivisibles l'acte et ses réserves. Les réserves devraient être considérées comme la condition même de

l'acte [80]. Si par conséquent la caution refuse de ratifier les réserves et prétend s'abriter derrière l'article 1287, l'acte tout entier mériterait d'être déclaré nul.

En allant dans ce sens, nous heurtons la jurisprudence du siècle dernier dans l'arrêt de la Cour d'Orléans précité : « Attendu qu'en demandant sa libération par application du principe contenu dans l'article 1287... *la caution ne scinde pas la convention*, qu'elle se borne à tirer la conséquence légale de la remise volontaire faite par le créancier... [81]. »

Pour notre part, nous estimons qu'il existe, au contraire, une réelle anomalie de la part de la caution à se prévaloir de l'acte du créancier pour se prétendre libérée, et, en même temps, à l'écarter dans la proportion des réserves. Il faut nous arrêter là. Sans l'appui d'un cas concret récent où la rédaction de l'acte aurait une grande importance, il est difficile de pousser plus loin nos spéculations.

La solution proposée a contre elle l'inconvénient d'une certaine complexité : elle revient à mettre en cause les rapports de tous les intéressés dans le cas où la caution refuse de ratifier les réserves.

En revanche, elle correspond certainement à la volonté réelle du créancier. Enfin, elle se situe en équité sur un autre plan que les arrêts qui ont pris prétexte d'artifices techniques, tels que le caractère accessoire du cautionnement, pour retourner contre le créancier l'arrangement de faveur qu'il avait consenti.

Le mécanisme monté par l'article 1287 ne doit pas constituer un piège propre à durcir les exigences des créanciers devant l'insolvabilité de leurs débiteurs. A plus forte raison, il ne doit pas permettre à la caution de se tirer quitte d'une situation pour laquelle elle était précisément intervenue.

392. — La valeur du procédé n'est pas en cause.

Le problème particulier de l'article 1287 appelle ici quelques observations destinées à rejoindre la ligne initiale de notre raisonnement.

L'objet de notre démonstration tient à prouver que les réserves jointes à une déclaration de volonté donnent à l'agent la possibilité de définir avec précision la portée de son acte. Nous nous demandions si ce procédé était valable pour écarter la disposition de l'article 1287. Il nous a fallu répondre par la négative. Mais il convient de noter que l'efficacité même des

---

80. Nous retrouvons ici le cas des réserves, condition de l'action, hypothèse traitée dans le chapitre précédent.

81. Cf. précédemment, n° 383, D. 1868.2.97.

réserves n'est nullement en cause. Si le créancier ne peut éviter la libération automatique de la caution par la remise accordée au débiteur, c'est qu'il se trouve en présence de rapports conventionnels résultant de l'acte original de cautionnement.

L'attitude du créancier, sa tentative pour dissocier les poursuites restent intrinsèquement correctes, mais elles ne peuvent remplir leur rôle sans l'agrément de la caution. A cette condition près, le procédé demeure valable.

393. — Après cette étude approfondie du problème posé par l'article 1287, l'étape suivante de notre démonstration se dirige sur des cas infiniment plus simples.

394. — L'article 1627.

Le Code pose en principe que le vendeur doit garantir de la chose vendue. La vente comporte donc, outre l'obligation de transfert, un engagement plus durable qui survit à l'opération elle-même.

Ces deux obligations qui sont habituellement liées dans le contenu d'un acte de vente, peuvent cependant être dissociées dans le cas où les parties entendent s'en tenir au but premier et élémentaire : le transfert des biens. Ainsi l'article 1627 prévoit : « Les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit, ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune convention. »

Ce texte donne une excellente définition du rôle des réserves dans l'action tel que nous cherchons à le mettre en évidence dans ce chapitre : ajouter ou diminuer les effets d'un acte, et même choisir et répudier certains de ces effets. Notons cependant que l'article 1628 fixe une limite au jeu des réserves en déclarant que le vendeur reste toujours garant de son fait personnel. Cette restriction s'impose évidemment si l'on veut conserver à la vente une efficacité quelconque.

395. — L'article 1908.

« La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le paiement et en opère la libération. »

Ce texte groupe le paiement du capital et des intérêts en un seul acte. Pour être conforme aux usages habituels, cette disposition n'en est pas moins arbitraire par son automatisme, et ne correspond pas nécessairement aux désirs réciproques des débiteurs et des créanciers. C'est la raison pour laquelle le Code préconise — a contrario — l'utilisation des réserves lorsqu'il existe une raison de faire la distinction entre le capital et les intérêts quant au mode de règlement.

396. — Dans la totalité des cas que nous venons de passer en revue, la loi avait rattaché plusieurs effets de droit à une seule manifestation de volonté, et réuni deux opérations en un acte. Chacun constituait un petit mécanisme juridique dont le déclenchement inopiné aurait risqué d'entraîner l'agent dans une situation fâcheuse. Pour remédier à cet inconvénient, le législateur a parfois expressément prévu le recours aux réserves.

A ce titre, ces textes sont intéressants. Mais ils ne possèdent qu'une valeur probatoire vis-à-vis de l'affirmation plus ambitieuse que nous avons posée en commençant. A notre point de vue, la fonction des réserves est presque universelle et elle s'étend bien au-delà des cas où la loi en a expressément décrit l'usage. Elle vaut en pratique dans une infinité de situations qu'il serait vain de chercher à dénombrer : toutes celles où une opération est divisible.

Nous nous bornerons donc à proposer des exemples d'opérations, où, même dans le silence des textes, les réserves donnent à l'agent la possibilité d'écarter les rouages légaux intempestifs.

397. — Premier exemple, le mur mitoyen [82].

On sait que l'article 661 du Code permet à tout propriétaire d'acquérir la mitoyenneté d'un mur séparatiste. Dans l'espèce, le propriétaire de deux maisons contiguës avait cédé l'une d'elles. Dans une cession normale, l'acheteur aurait pu se prévaloir de ce texte et la cession aurait donc comporté la faculté d'achat de la mitoyenneté. Or le propriétaire entendait garder intégralement les murs de la propriété conservée. Il introduisit donc dans la vente une réserve de la propriété exclusive des murs convoités.

Si on analyse l'acte, on comprend que la volonté du vendeur a permis le transfert de l'immeuble et de toutes les prérogatives habituellement afférentes ; hors du champ de la volonté se trouvait toutefois la faculté d'achat de la mitoyenneté qui appartient généralement au propriétaire. Si l'on veut, le droit de propriété était cédé, mais amputé de cette faculté.

« Attendu, disent les juges, que la réserve si formelle du vendeur de la propriété exclusive des murs, n'aurait eu aucune valeur, s'il dépendait de l'acquéreur de l'annuler en usant de la faculté écrite dans l'article 661... [83]. »

Volonté et non-volonté se combinent ici, on le voit, pour

82. Caen, 31 janvier 1877, D. 1877.2.91. Cf. également, Cass. 15 juillet 1875, S. 1875.1.407.

83. Cette faculté n'est pas d'ordre public, *idem*.

donner lieu à un acte minutieux faisant échec aux conséquences sérielles des effets de droit.

398. — Deuxième exemple. Les clauses d'agrément dans les sous-locations.

Le propriétaire d'un immeuble peut autoriser son locataire à sous louer. Ce faisant, il prend une attitude qui semble définitive. Or, bien souvent, le propriétaire n'est pas opposé au principe de la sous-location, mais il craint que des individus indésirables n'habitent son immeuble. La solution consiste alors à introduire des réserves dans la clause de sous-location : la sous-location reste permise dans la mesure où les bénéficiaires seront agréés par le propriétaire. On voit ainsi comment un agent peut, par des réserves, fixer les limites de sa volonté et sortir du cadre des attitudes catégoriques.

En fait, il arrive que cette clause prête à discussion dans le cas où le propriétaire en abuse pour écarter toutes sous-locations.

Les tribunaux ont alors considéré de leur devoir d'exercer un contrôle sur la bonne foi dans l'usage de cette clause, ce qui n'atteint en rien son principe [84].

399. — Troisième exemple.

« La vente, dit l'article 1583, est parfaite entre les parties... dès que l'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée. » Il résulte de ce texte une multitude de conséquences. Dès l'accord des parties, une infinité de choses sont déterminées et ne peuvent plus être retouchées, sauf si des réserves ont mis les parties à l'abri des effets automatiques. Ainsi on peut prévoir une juridiction compétente autre que celle du défendeur [85]. De même, des variations de prix justifiées peuvent entrer, grâce aux réserves, dans le cadre du consentement même définitif [86]. On pourrait trouver beaucoup d'autres cas où les réserves viennent ajuster la portée d'une convention. Le consentement constitue le terme technique pour désigner une manifestation de volonté positive que l'on peut symboliser par le OUI fondamental. Mais ce OUI ne couvre pas nécessairement toutes les conséquences accessoires, toutes les caractéristiques des actes types, il n'est peut-être pas catégorique.

Parvenus, à ce point, il serait inutile de chercher plus d'exemples et de pénétrer plus loin dans l'infinité des détails. En

84. Req. 16 novembre 1927, Gaz. Pal. 1927.2.842.

85. Trib. com. Cherbourg, 6 septembre 1912, S. 1914.2.49, note Demogue.

86. Cass. civ. 19 octobre 1931, S. 1931.1.102 et Gaz. Pal. 1937.1.926 ; en sens contraire, Douai, 3 novembre 1921, Gaz. Trib. 1922.2.232.

insistant sur les possibilités d'adaptation que procurent les réserves, nous retrouvons simplement les principes généraux du droit : la liberté des conventions et son corollaire, la notion de contrats innomés. Les contrats innomés datent de l'époque romaine, c'est-à-dire du temps où le droit était, plus encore qu'aujourd'hui, une construction rigide subdivisée en catégories impérieuses.

400. — Rôle des réserves en procédure.

L'usage des réserves dans l'action ne se limite pas à l'univers des conventions et des contrats. Dans la procédure qui constitue, par excellence, le domaine des actes unilatéraux, l'intervention de la volonté n'est pas moins délicate. L'agent doit en ce domaine, manifester la plus grande prudence car les attitudes sont encore plus figées, plus strictes qu'en n'importe quelle autre matière. La procédure consiste — on le sait — à réglementer les comportements dans une situation contentieuse et à obtenir la progression des rapports juridiques malgré l'antagonisme des deux partenaires.

La définition légale des actes, de leur portée, de leur contenu et de leur enchaînement y atteint donc le plus haut degré. La fonction du vouloir se résume bien souvent à déclencher des actes formels qui se succèdent en série. Par exemple, il existe des schémas tout tracés — mise en demeure, assignation, conclusions, signification — auxquels l'adversaire réplique par des actes identiques ou contraires, avec parfois des bifurcations imprévues : appel, offres réelles, pourvoi, etc.

Il se peut qu'un plaideur n'ait pas intérêt à suivre la démarche classique de la procédure ; il devient alors primordial d'indiquer avec précision la portée exacte de son comportement en se ménageant des ouvertures et des bifurcations dans les dédales du droit judiciaire privé. Tel est ici encore le rôle des réserves.

401. — Dans cet ordre d'idée et à titre d'exemple — car il demeure impossible de passer en revue toutes les opérations de procédure — nous allons examiner trois actes-types : l'acquiescement, le désistement, les offres réelles.

402. — L'acquiescement.

« L'acquiescement à un jugement est l'acceptation de ce jugement par celui qui a le droit de l'attaquer... L'acquiescement est un acte juridique unilatéral qui, comme toute renonciation, n'a pas besoin d'être accepté et est de suite irrévocable... Le Code de procédure n'a pas donné de règles pour cet acte si important et si fréquent. Il convient de combler cette lacune en

s'inspirant des règles du droit commun... Il peut être exprès ou tacite [87]. »

L'acquiescement, comme toute attitude, peut donc résulter soit d'une déclaration, soit d'un acte quelconque. La difficulté réside dans la nature des actes qui peuvent emporter acquiescement. Parmi ceux-ci, en effet, il en est dont le but premier, la raison d'existence suffit à expliquer leur accomplissement ; on ne peut alors affirmer à coup sûr que l'intention de l'agent va réellement jusqu'à l'acquiescement et ne s'arrête pas à l'effet direct de l'acte exécuté.

On dit ainsi que l'acquiescement résulte de la signification à partie [88]. Or, le rôle initial de la signification consiste à porter indubitablement à la connaissance de l'adversaire un jugement. On infère, en outre, de cet acte formel une approbation profonde du contenu de la décision judiciaire. Sans aucun doute, il y a là une part de spéculation que le plaideur peut légitimement, et doit, s'il veut poursuivre la procédure, écarter par des réserves [89].

L'acquiescement peut encore résulter des poursuites entreprises par le plaideur après jugement. Mais peut-on limiter leur portée par des réserves ?

Par ses poursuites, l'agent recherche évidemment l'accomplissement d'un effet de droit, celui résultant du jugement. On considère donc que celui qui provoque l'exécution, acquiesce définitivement au jugement [90].

Les réserves qu'il pourrait joindre à ses actes seraient alors impuissantes si elles avaient pour but d'écarter l'acquiescement.

En effet, entre des poursuites qui consacreraient immédiatement le jugement et des réserves qui prétendraient retirer tout caractère définitif à ce jugement, il y aurait identité d'objet et donc contradiction certaine. Ainsi, il a été jugé qu'un héritier ne peut plus attaquer une vente dont il a poursuivi en tant qu'exécuteur testamentaire l'exécution, malgré les réserves expresses insérées dans le commandement de payer [91]. La question s'est posée il y a longtemps et elle a reçu une réponse qui ne prête pas à discussion.

Cependant, le problème demeure entier si le jugement con-

87. Glasson et Tissier, *Procédure civile*, t. II, p. 644, nos 585 et 586.
88. *Idem*, n° 586.
89. Cass. civ. 10 juillet 1901, S. 1902.1.172 et Glasson et Tissier, précité, n° 586.
Cass. soc. 17 juillet 1949, Bull. civ. 1949.3.792 et 17 avril 1951, Bull. civ. 1951.3.90.
90. Glasson et Tissier, *idem*, n° 586, et Encyclopédie Dalloz, Acquiescement, n° 158 ; Cass. 28 février 1854, D. 1854.1.105.
91. Cass. civ. 28 juillet 1829, D. 1829.1.338.

tient plusieurs chefs. En effet, il devient alors concevable d'acquiescer à certains d'entre eux et d'en poursuivre l'exécution, tout en faisant des réserves sur les autres. Il n'y a plus alors de contradiction puisqu'il n'y a plus identité d'objet entre les réserves et les poursuites.

C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence semble fixée [92]. On relève une décision très explicite : « Attendu que si le commandement à fin d'exécution des dispositions du jugement, qui sont favorables à l'auteur de ce commandement, est considéré, en principe, comme indiquant de la part de celui-ci la volonté d'acquiescer au jugement dans son entier, *il est loisible à l'intéressé de se réserver*, par une mention insérée dans son exploit, le droit de recourir par les voies légales contre les chefs distincts de la décision qui lui fait grief [93]. »

Cette jurisprudence reconnaît ainsi la valeur des réserves dont la tâche consiste à discerner des effets juridiques indépendants au sein d'un même acte.

D'autres comportements enfin emportent acquiescement. Il s'agit de la comparution et de l'exécution volontaire dont nous ne parlerons pas ici, pour les avoir évoquées précédemment [94]. En effet, dans ces situations, les réserves tendent seulement à ramener ces comportements à des faits, non à dissocier une opération comme le veut l'hypothèse de ce chapitre.

403. — Le désistement d'instance.

Le désistement consiste en l'abandon de l'instance déjà commencée, offert par le demandeur et accepté par le défendeur. Le demandeur ne renonce pas à son droit et se réserve en général de le faire valoir ensuite [95].

L'attitude de l'agent porte donc sur l'instance mal engagée, et ses réserves, sur le fond du droit, ou bien sur l'éventualité (volonté virtuelle) d'une autre instance plus judicieuse. Le désistement peut même ne porter que sur un acte de procédure [96]. Il n'y a pas lieu de s'étendre beaucoup plus sur cette question où la validité des réserves ne soulève pas, pour une fois, de contestation [97].

Il faut toutefois noter que le désistement reste soumis à

---

92. Cf. Req. 3 mars 1874, D.P. 74.1.317 ; Req. 3 mars 1931, J.C.P. 1931.473 ; Encyclopédie Dalloz, Asquiescement, nos 153, 155 et 171.

93. Cass. civ. 4 novembre 1940, D.A. 1941.98.

94. Cf. Chapitre précédent, n° 356.

95. Glasson et Tissier, t. II, p. 606, n° 563.

96. *Idem*, n° 561.

97. Cf. Glasson et Tissier, *id. loc.* et P. Raynaud, Rev. T.D.C., 1944, p. 266. Sous Lyon, 13 mars 1944, S. 1944.2.48 ; et Cass. civ. 27 janvier 1931, D.H. 1931.1.202.

l'acceptation du défendeur (art. 402 du Code de procédure civile). C'est la raison pour laquelle on dit parfois que le désistement doit être pur et simple. Mais dans ce cas, on a en vue le désistement d'action que le défendeur n'accepte que s'il met un terme définitif au procès.

Au contraire, le désistement d'instance, ou d'actes de procédure, tolère fort bien la présence de réserves dont le défendeur aurait tort de prendre systématiquement ombrage.

Si, en effet, porté par l'esprit de chicane, il prétend exiger le déroulement complet d'une procédure nulle dès le premier acte, les tribunaux passent outre à son refus et donnent acte au demandeur de son désistement [98].

404. — Les offres réelles.

On sait que le créancier ne doit pas tenir arbitrairement le débiteur en sa dépendance : c'est pourquoi ce dernier peut se libérer par la procédure des offres réelles. Bien entendu, ces offres doivent représenter l'équivalent absolu de la créance et elles sont sans valeur s'il s'y ajoute des conditions ou des réserves sur le montant ou l'objet de l'obligation. Elles sont pures et simples, ou elles sont nulles [99].

On comprend bien que ces offres, apparaissant à un moment où la contestation règne, doivent être indiscutables. Il ne faudrait, cependant, pas penser que cette procédure se résume à un acte de confirmation absolue de toutes les prétentions inscrites dans les conclusions du demandeur. L'offrant accepte d'honorer la créance, il n'entend pas du même coup se conformer à toutes les exigences du créancier ni renoncer à la lutte. L'acte qu'il accomplit peut donc fort bien contenir des offres réelles pures et simples et des réserves limitant la portée de cet acte et assurant la conservation de ses autres droits.

On trouvera un exemple net dans une décision de la Cour de cassation du 11 juillet 1849 [100], qui a admis le caractère libératoire d'offres réelles faites sous réserve du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de condamnation en exécution duquel elles ont eu lieu.

« Attendu, dit la Cour suprême, que le pourvoi en matière civile n'étant pas suspensif, la partie condamnée... qui serait tenue de souffrir l'exécution forcée du jugement, a le droit de prévenir cette exécution par le paiement, sans préjudicier à la

98. Cf. Glasson et Tissier, n° 563, précité (*in fine*) et la jurisprudence bien établie citée en note.

99. Cf. article 1258, alinéa 3, et Trib. civ. Seine, 24 janvier 1952, D. 1952, somm. 31.

100. Cass. civ., D.P. 1850.1.27.

faculté de se pourvoir, et en faisant toutes réserves à cet égard ; que de pareilles réserves n'ont qu'un caractère purement conservatoire...

« Attendu que l'arrêt attaqué prenant en considération l'éventualité du succès du pourvoi réservé... s'est refusé à regarder comme définitive la libération... etc. ; casse, etc. »

D'autres espèces consacrent, en présence d'offres réelles, la validité des réserves propres à assurer la protection de droits issus de la même situation juridique. On en trouvera les références en note [101].

C'est à dessein que nous avons choisi l'exemple des offres réelles pour clore l'examen des cas pratiques où les réserves définissent le champ de la volonté. En effet, les offres réelles apparaissent dans des situations contentieuses où l'adversaire les discutera nécessairement. Elles exigent donc une volonté très ferme qui n'exclut pas cependant l'usage simultané de réserves destinées à limiter au strict nécessaire ce qui est consenti.

405. — Nous pouvons résumer en trois points le rôle complémentaire des réserves dans le problème de la définition des actes.

1) La loi fait parfois expressément appel aux réserves pour indiquer qu'une partition demeure possible parmi les dispositions qu'elle établit en bloc. Ce sont les hypothèses privilégiées.

2) Il ne saurait être question de restreindre la validité des réserves dans l'action à ces « cas légaux ». Au contraire, la combinaison des réserves et de la volonté doit être considérée comme légitime dans toutes les situations où l'agent se trouve en face de deux effets de droit qui ne sont pas nécessairement liés.

3) En revanche, les réserves cessent d'être valables :

1. — quand elles contredisent directement l'action ; soit qu'elles portent sur le même objet, soit qu'elles atteignent son principe immédiat [102] ;

2. — quand elles se heurtent à une opération que la loi déclare formellement indivisible. C'est par exemple le cas de l'aveu ou du compte-courant [103].

---

101. Req. 8 janvier 1896, S. 1900.1.195 et Req. 27 juillet 1870, S. 1870.1.399 et Bordeaux, 12 juin 1870, S. 1870.2.272.

102. Cf. une espèce curieuse qui consacre directement l'application du principe de la cohérence, précitée n° 320, S. 1872.1.23.

103. C. Encyclopédie Dalloz, Procédure « Acquiescement », n° 172. L'indivisibilité de l'aveu et du compte-courant, que nous mentionnons, est trop connue pour que nous nous y attardions ici. Dans tous les cas, l'indi-

Hormis ces exceptions, les réserves permettent à l'agent de retrouver, au milieu de la complexité juridique, sa liberté. Grâce à elles, il peut établir une discrimination précise entre le voulu et le non-voulu, et ainsi nuancer ses interventions.

406. — Au terme de cette recherche qui concernait *le domaine de l'action*, il apparaît qu'il faut également se préoccuper du *moment de l'action*. Le choix du contenu d'un acte n'est rien si l'on ne détermine pas également son moment et sa continuité.

En évoquant le champ de l'activité, nous étions, pour ainsi dire, dans les problèmes de l'espace ; nous allons entrer dans ceux du temps, en examinant la manière dont la volonté s'inscrit dans la durée.

Section II. — *Les réserves limitent l'intervention de la volonté dans le temps.*

407. — La section précédente mettait en relief la possibilité offerte par les réserves de choisir parmi plusieurs effets de droit. Dans la section présente, nous allons voir qu'elles donnent à l'agent la faculté de décider le moment et la durée de son intervention.

Pour avoir la pleine maîtrise d'un acte, il ne suffit pas d'en déterminer, même avec minutie, le contenu ; il faut encore pouvoir régler et décider de sa portée dans le temps.

408. — *La durée des obligations.*

Tout au long de cette étude, nous avons observé que l'action engage l'individu envers ses semblables puisqu'elle modifie nécessairement le milieu ambiant. Jusqu'à présent, cette idée a suffi pour conduire notre raisonnement. Mais maintenant une nouvelle question se pose : quand et pour quelle durée les actes engagent-ils leurs auteurs ?

La volonté ne possède, en effet, rien d'éternel dans son essence, ni d'absolu dans l'immédiat. Il existe à la fois le domaine de ce que l'agent veut, et l'époque à laquelle il le veut. Le temps constitue une troisième dimension sur laquelle nous pouvons situer et étirer nos actes.

Malheureusement, le droit s'accommode fort mal de la liberté individuelle, de cette disponibilité qui permet de jongler

---

visibilité est un rapport entre deux notions, rendu arbitrairement nécessaire par une loi qui déclare formellement cette relation exceptionnelle, cf. *supra*, n° 343.

avec la durée. L'objectif premier demeure la sécurité dans les rapports juridiques.

Le principe est donc — nous le savons — celui de la cohérence des attitudes, de leur continuité dans le temps. Pour cette raison, le temps possède peu d'importance aux yeux des juristes traditionnels qui se bornent à distinguer d'une part les opérations à durée déterminée et les autres [104], et d'autre part les actes assortis d'un terme ou d'une condition [105].

409. — La liberté conventionnelle.

Il demeure pourtant un domaine où l'individu conserve la possibilité d'introduire la temporalité dans ses actes : c'est celui des conventions. En effet, en matière conventionnelle, la sécurité des tiers n'est plus en jeu, et de ce fait, les parties ne sont pas nécessairement soumises, dans leurs rapports, aux règles strictes de la cohérence.

Les contractants ont toute latitude pour organiser une situation juridique particulière où est exclue la stabilité des attitudes.

Tous les développements qui vont suivre auront donc exclusivement trait aux rapports conventionnels et n'auront de valeur qu'à ce point de vue. Hors de cette limite, les notions habituelles de cohérence et de continuité restent les seules à régir l'influence du temps sur les tractations juridiques.

410. — La mission des réserves dans la désignation du temps.

Au niveau de la raison pure, rien n'empêche l'individu de répartir son action dans le temps. Par exemple, je peux successivement entreprendre, interrompre et reprendre un acte sans contradiction réelle ; j'évolue simplement. La contradiction vraie, ce serait vouloir et ne pas vouloir en même temps. En revanche, il m'est permis de vouloir, mais pas maintenant, ou

---

104. Cf. *infra*, n° 413.

105. Article 1168. Le terme et la condition constituent sans doute des modalités qui affectent la durée d'un engagement. Mais ce n'est pas pour autant que l'agent demeure le maître de la période d'efficacité de l'acte. En effet, le Code civil voit dans la condition un événement « futur et incertain », et dans le terme, un événement futur et certain qui retardent l'exécution de l'acte. C'est donc bien l'événement extérieur qui est maître du temps et non pas l'individu. La volonté n'est pas libre, elle s'est exprimée une fois pour toute lors de la signature de l'engagement, après quoi elle est enchaînée à la marche du monde, elle subit la réalisation ou la défaillance de la condition comme l'échéance inéluctable du terme. Les effets du vouloir sont seulement prédéterminés par les parties en fonction des circonstances à venir. Les obligations sous conditions ou à termes ne réalisent donc pas l'autonomie de la volonté dans le temps. Il n'en est autrement que dans le cas de « la condition purement potestative » que nous examinons *infra*, n° 411.

seulement maintenant et non plus tard. Je suis libre, et je n'amoindris ni ne détériore la nature profonde de ma volonté en en définissant les périodes d'efficacité. Les réserves conventionnelles apportent cette faculté de dire OUI ou NON, à l'avenir, au sein de la situation juridique bilatérale qui lie les deux contractants.

On comprend alors que les réserves peuvent effectivement compléter un acte et une volonté, si elles ont pour but d'en limiter la portée dans le temps. Il n'y a aucune incohérence à vouloir temporairement et à organiser une opération tout en se réservant sur la date de réalisation de ses effets. Il n'y a aucun empêchement, dès lors que ce fait a été accepté par l'autre partie, à reporter dans l'avenir le choix d'une attitude.

Ainsi, les parties peuvent fort bien déterminer la teneur d'un acte en décidant, en outre, de laisser l'exécution au bon plaisir de l'une d'elles, ou de chacune d'elles.

Deux possibilités s'offrent alors :

— soit, ne pas donner un effet immédiat à l'acte ;

— soit, ne pas lui donner un effet définitif.

Ces facultés correspondent en termes classiques à la condition potestative suspensive et à la condition potestative résolutoire.

411. — Les conditions dites « potestatives ».

Les conditions résolutoires et suspensives sont bien connues dans notre droit. Elles font même l'objet d'un chapitre du Code. Mais à l'inverse, la définition des actes potestatifs demeure très incomplète. Les rédacteurs du Code ont voulu assimiler les obligations potestatives à des obligations conditionnelles.

Or rien n'est plus étranger à une condition — événement futur et incertain — que la volonté qui, en permanence, dépend de l'individu.

Pour justifier cette conception surprenante, les juristes du XIX^{e} siècle ont tenté d'établir de subtiles distinctions entre les conditions simplement potestatives et purement potestatives. En réalité, on ne voit pas comment on peut déclarer conditionnel un acte purement potestatif et qui n'est que cela.

A un autre point de vue, la méthode du Code est discutable. Elle conduit à considérer que la condition affecte l'ensemble de l'acte et que sa réalisation doit entraîner une modification radicale et absolue de la situation. Les effets rétroactifs de la condition résolutoire et les inconvénients qui en découlent sont trop connus pour que nous nous y attardions. Contentons-nous de souligner que la rigueur du régime des conditions ne convient nullement au but que se fixent les parties quand elles passent un acte potestatif. La présence de clauses facultatives

et potestatives dans un contrat manifeste un souci de souplesse et de liberté, propre à faire face à certaines éventualités, mais qui ne requiert pas la rigueur des actes conditionnels.

Pour toutes ces raisons, nous préférons éliminer de nos recherches l'idée confuse de « condition purement potestative » pour lui substituer celles de droits et de clauses potestatifs.

412. — *Dans les conventions, les réserves aboutissent à la création d'un droit potestatif unilatéral.*

Ce que veut l'individu quand il dresse les termes d'un acte potestatif, c'est garder la possibilité d'en contrôler la marche dans le temps. Dans ce but, il introduit, en marge de l'économie fondamentale du contrat, des réserves soit sur la durée, soit sur la date de mise en application, soit encore sur l'éventualité de certaines modifications.

Si l'on examine attentivement le processus, on s'aperçoit qu'aux côtés des dispositions de base sur lesquelles se fonde l'accord, les deux parties admettent la présence d'états de non-volonté sur le moment de l'acte. Ces états de non-volonté, ces réserves reconnues et acceptées, confèrent à l'une ou à l'autre partie, parfois aux deux, la faculté de changer d'attitude. Pour ainsi dire, chaque fois qu'une partie ratifie les réserves de l'autre, elle crée en faveur de cette dernière *un droit potestatif et unilatéral* : celui de décider de la période de l'acte. Ces réserves peuvent, bien entendu, être réciproques ; mais cela ne change rien au droit discrétionnaire et unilatéral qu'elles impliquent. Il est fréquent, en réalité, que les droits unilatéraux trouvent leur source dans une convention [106].

Tel est le cas des actes qui recèlent une clause du genre : « Les parties se réservent mutuellement le droit de mettre fin à la présente convention, ou de fixer la date de sa réalisation. »

On peut ainsi définir les réserves dans les contrats : création synallagmatique de droits potestatifs qui assurent à leur bénéficiaire la maîtrise de la durée de l'acte.

En d'autres termes, les réserves dans la convention correspondent à l'institution d'une situation juridique particulière acceptée par les parties : la volonté n'est plus enfermée dans les délais fixés à l'avance, elle peut évoluer librement en fonction de l'évolution de la situation. Mais ces clauses exorbitantes ne sont pas sans danger : elles aboutissent parfois à déférer l'une des parties au bon plaisir de l'autre [107], à assujettir le débi-

106. Cf. Martin de la Moutte, thèse précitée, nos 143 et 152.

107. Pour éviter les abus dus à l'inégalité des contractants, la jurisprudence exerce d'ailleurs un contrôle sévère sur les contrats d'adhésion. Cf. *infra*, n° 417.

teur au créancier. C'est pourquoi le législateur a imposé certaines limites et la jurisprudence se montre plutôt restrictive.

413. — Les deux modes d'utilisation des réserves.

L'appropriation du temps par l'agent peut prendre deux formes. Dans la première, l'acte produit immédiatement des effets, mais ils peuvent cesser sans délais par simple volonté unilatérale. Dans la seconde, l'acte existe mais sa réalisation est reportée à plus tard et dépend de la décision d'une des parties.

Dans les deux cas, les réserves permettent de commander les effets de l'acte dans le cours du temps.

A. — *Première hypothèse : les réserves résolutoires.*

Les réserves ménagent à l'intérieur d'une convention un droit potestatif unilatéral de résolution.

414. — Ce type d'opération apparaît fréquemment sous la forme suivante : « les parties conviennent par le présent acte de... (ici, se situe l'objet de l'obligation)... en outre tel contractant (ou chacun des deux) se réserve le droit de mettre fin à la convention ».

Si on analyse de près ce genre de dispositions, on s'aperçoit que les intéressés engagent fermement leur volonté sur une opération dont les effets sont déterminés. Mais contrairement aux conventions ordinaires, l'acte n'est pas admis à titre définitif, sa durée n'est même pas fixée, elle ne résulte d'aucun terme ni d'aucune condition extérieure ; elle dépend seulement des parties, ou de l'une d'entre elles. Il y a donc à la fois un engagement ferme de volonté sur l'objet et l'efficacité immédiate de l'obligation, et une réserve sur sa durée.

Ce procédé déroge indéniablement aux règles habituelles du contrat qui exigent un consentement mutuel tant pour créer que pour abroger la loi commune des parties. Seul le « mutuus dissensus » peut annihiler les effets du « mutuus consensus [108] ». Ici, au contraire, les parties créent une situation juridique, où tout en demeurant liées sur le fond, elles peuvent à tous moments, se dégager unilatéralement. Le procédé consiste à introduire dans l'acte, par le jeu des réserves acceptées, des droits potestatifs unilatéraux. L'expression « chaque partie se réserve le droit de « mettre fin à cet acte » signifie, en réalité, lorsqu'elle figure dans un contrat, que chaque partie reconnaît à l'autre le droit en question.

---

108. Cf. article 1134.

415. — Nature du droit de résolution.

Ce serait, par conséquent, une erreur de croire que la faculté de résolution résulte des réserves ; elle naît et elle tire sa force de la convention exclusivement. La réserve n'est pas là que pour la maintenir à l'état virtuel tant qu'elle n'est pas utilisée et écarter toute idée de renonciation due à l'exécution de la convention elle-même.

Ce droit unilatéral de rupture est potestatif à un double titre ; d'une part, il s'impose intégralement à l'autre partie qui ne peut rien faire pour s'y opposer, puisqu'elle en a reconnu le principe dans la convention ; d'autre part, il peut être exercé par son détenteur à n'importe quel moment, et même sans préavis.

416. — Ce procédé est consacré à plusieurs reprises par le Code civil : on en trouve l'application non seulement au chapitre des obligations dites « conditionnelles » et notamment dans les articles 1170 et 1184, mais encore à propos de la vente à réméré (art. 1659 et s.) ou de la vente simple (art. 1584) et des arrhes (art. 1590).

Dans la pratique, la clause résolutoire potestative s'avère d'un emploi courant : elle permet d'entreprendre une foule d'opérations à l'essai sans s'engager dans des conséquences imprévisibles. Elle est même de droit dans les opérations a durée indéterminée.

La variété des droits potestatifs résolutoires que les parties peuvent aménager entre elles à propos d'un contrat décourage toute tentative d'inventaire.

Il existe à ce sujet une abondante jurisprudence en matière de contrat de travail, de résilitation de police d'assurance, de spectacle, etc. [109].

417. — Les limites.

Cependant, la loi ne tolère pas toujours que l'individu engage sa volonté d'une manière temporaire et aléatoire pour le co-contractant. On notera d'abord l'impossibilité de faire des réserves en raison de la nature de certains actes. Tel est le cas de la donation entre vifs qui obéit au principe « donner et retenir ne vaut [110] ». Tout revirement de l'attitude du donateur est ainsi exclu. Il résulte également des règles particulières du partage qu'une clause résolutoire est absolument impuissante à le

109. Voir par exemple : contrat de travail, Gaz. Pal. 1900.1.602 et Gaz. Pal. 1929.1.173. — Résiliation de contrat d'assurance, S. 1892.1.558, spectacles, S. 1899.1.261 et S. 1901.1.217.

110. Article 944, Code civil.

111. Cf. Cass. civ. 14 mai 1833, S. 1833.1.381.

remettre en question [111]. De même la vente à réméré est impérativement enfermée dans un délai de cinq années [112] au delà duquel les réserves seraient inefficaces.

De son côté, la jurisprudence est intervenue pour contrôler l'usage des droits potestatifs dans les contrats d'adhésion. Dans ce type d'acte, en effet, on trouve en présence deux parties d'inégale puissance. La plus forte se réserve, au moment de la signature, des prérogatives exorbitantes qui lui permettent, le cas échéant, de contrôler unilatéralement la marche de ses intérêts et de se dérober dès l'apparition de la moindre difficulté. Une clause anodine risque de devenir léonine si, avec le temps, les aléas ne peuvent jouer qu'au détriment de l'adhérent [113].

Enfin, la jurisprudence sanctionne toujours les abus dans l'exercice des droits que les parties se réservent. Lorsque deux individus décident de se lier tout en conservant une certaine latitude et en laissant la possibilité de revenir ultérieurement sur l'engagement, elles le font, en principe, de bonne foi. Si après coup, l'un des contractants prétend faire jouer les réserves et des facultés de résiliation sans motifs légitimes, il commet un abus dans l'usage de ses droits. Il détourne la réserve de son sens, s'il s'en sert ensuite par malice ou par caprice. L'exemple classique demeure celui de l'acteur congédié sans être passé en scène, et du travailleur licencié sans motif.

Il est bien évident que ces facultés de résolution unilatérale ne sont pas toujours sans inconvénient. Sur un plan général, elles risquent de nuire à la stabilité des conventions. Mais, très souvent, la présence d'arrhes, de dédits, d'indemnité, met un frein à l'exercice inconsidéré de ces droits [114].

Dans les cas où la résolution demeure purement potestative, sans aucun caractère onéreux, le contrôle des tribunaux suffit en général à éviter les abus.

418. — En définitive, le droit du XIX[e] siècle épris de stabilité, était hostile aux clauses rendant la durée d'un acte incertaine. Désormais, ce stade est dépassé. La rapidité des transactions prime la rigueur de leur exécution. Le commerce est devenu plus malléable, plus enclin à considérer l'efficacité immédiate des contrats que leur absolutisme. Sans doute la belle rigueur du droit classique en souffre-t-elle un peu, au profit, il est vrai, d'une compréhension plus réaliste de la transformation des rapports de droit avec la durée.

---

112. Article 1660, Code civil.

113. Le contrôle jurisprudentiel se porte sur la partie dite réglementaire des contrats d'adhésion.

114. En ce sens, un arrêt très clair de la Cour suprême, S. 1878.1.269.

B. — *Deuxième hypothèse : les réserves suspensives.*

Les réserves diffèrent l'exécution d'un acte ou l'exercice de droits conventionnels.

419. — Au point de vue technique, cette hypothèse ressemble à la précédente : les parties sont toujours d'accord sur l'objet et la teneur de l'acte, mais, par des réserves, elles sursoient à son exécution.

Cette attitude soulève, à vrai dire, une difficulté capitale : tant que sa période d'efficacité n'est pas déterminée, l'acte demeure entièrement virtuel, et, par conséquent, inconsistant dans le présent.

420. — *Problème de la validité des droits potestatifs suspensifs.*

Nous abordons ici le thème ultra-classique de la validité des « conditions potestatives suspensives ». Les auteurs soulignent traditionnellement que la condition potestative suspensive est nulle d'une nullité qui résulte d'une impossibilité. « Je veux si je veux » reviendrait à dire « si je voulais » et exclurait, par conséquent tout engagement réel et sérieux.

Or, le texte qui régit cette matière, l'article 1174 du Code, montre que le problème possède en réalité deux aspects. Il dit : « Toute obligation est nulle *lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.* »

La jurisprudence a fort justement déduit de cet article que l'obligation demeure valable lorsque la condition potestative émane de celui envers lequel s'oblige l'agent [115]. En termes plus abrupts, la condition potestative du débiteur est nulle, celle du créancier est régulière, la réserve de droits est possible, celle d'engagement ne l'est pas.

421. — La création conventionnelle de droits potestatifs.

Sur la base d'une convention, deux parties peuvent donc fort bien aménager leurs rapports de telle manière que l'une sera débitrice inconditionnelle et l'autre créancière sous réserve, c'est-à-dire selon son bon plaisir. L'obligation sera ferme et durera aussi longtemps que le créancier ne fera pas valoir les droits virtuels possibles, réalisables et réservés qu'il tient de la convention [116].

---

115. Req. 11 mars 1879, D.P. 81.1.34 ; Civ. 25 novembre 1896, D.P. 97.1.34.

116. Sur le fondement de ces droits, cf. *supra*, n° 415.

422. — Quel est l'intérêt de l'opération ? En général, le terme, le délai, le sursis qui retardent eux aussi les effets d'un acte, sont consentis en faveur du débiteur. Ici, au contraire, c'est le créancier qui réserve ses droits, qui en ajourne l'exercice.

Cette attitude qui repousse l'efficacité de la volonté dans le temps [117] entre dans le cadre de la prévoyance humaine. L'individu saisit l'occasion de se créer des droits et des prérogatives qui ne lui sont pas nécessaires dans l'immédiat, mais qui lui seront utiles plus tard, à une époque où il ne pourra peut-être plus les acquérir.

Ce procédé existe parfois à titre principal, c'est-à-dire qu'il constitue l'objet unique d'une convention. L'acte se compose alors de l'engagement inconditionnel du débiteur en présence des réserves du créancier. Le lien juridique existe mais sa mise en œuvre dépend intégralement du créancier. On pourrait chercher une infinité d'exemples comportant des situations de cette nature. Mais il en est deux qui sont particulièrement usuelles : la promesse de vente et le pacte de préférence.

423. — Exemple : la promesse unilatérale de vente.

La promesse de vente n'est pas une vente. C'est un avant-contrat, par lequel le créancier obtient le droit d'acquérir la chose quand il le jugera bon. Cependant, l'article 1589 semble assimiler les deux opérations, car il dit : « La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. » En réalité, ce texte vise non pas la promesse unilatérale de vente, mais la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter qui, elle, est bien une vente.

La promesse unilatérale de vente suppose une convention : l'accipiens a accepté non pas d'acheter mais de tenir l'offrant comme lié, tout en se *réservant* lui-même de réfléchir et de ne lever l'option que postérieurement. C'est seulement au jour où le créancier sort de sa réserve et lève l'option qu'il y a vente [118].

Le pacte de préférence est une opération similaire dans laquelle le créancier se réserve la priorité au cas où le bien choisi serait mis en vente.

424. — Si les réserves jouent parfois un rôle principal, dans bien d'autres situations, elles n'interviennent qu'à titre accessoire. Tel est le cas lorsque les parties décident de se ménager certaines prérogatives au sein d'une opération dont les effets

---

117. Nous retrouvons ici la définition de la réserve : un état de non-volonté actuel doublé de vouloirs virtuels.

118. Cf. Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, n° 342; Colin et Capitant, *Précis de droit civil*, t. II, nos 708, 709 et s.

sont immédiats. En marge d'un acte classique, les contractants introduisent des réserves qui leur permettent d'apporter ultérieurement des modifications unilatérales. Il peut s'agir, par exemple, de se réserver le droit, soit de changer l'affectation d'un bien, soit de choisir le mode de paiement, soit de désigner le tribunal compétent en cas de litige, soit de réviser les prix ou la qualité des fournitures, soit d'agrandir un immeuble, soit de sous-louer, soit de faire jouer une clause pénale, etc.

Dans toutes ces hypothèses, l'une des parties envisage une modification à l'acte initial et, du même coup, elle se fait reconnaître la faculté de la réaliser ultérieurement. Le jour où elle décide d'y procéder, elle dispose, en levant ses réserves, d'un droit potestatif unilatéral qui s'impose à son partenaire. L'usage de ces réserves est très fréquent, car il assouplit considérablement le régime des obligations dans le temps, en parant aux conséquences de l'imprévision.

425. — Les réserves confèrent ainsi à l'agent la possibilité d'inscrire sa volonté dans les étapes successives de l'action. Entre le moment de la décision et les phases de réalisation, d'exécution, et le dénouement de nos entreprises, notre comportement passe par de multiples nuances. A elle seule, la volonté demeure bien incapable de les expliquer et de les exprimer.

Bien que temporaires, nos actes ont une durée. Ils ne se détachent pas complètement de nous une fois accomplis ; les obligations et les droits qu'ils ont engendrés forment un réseau dont nous restons le centre permanent. La cristallisation de la volonté dans un acte unique, idéal, et définitif, est une exigence juridique qui correspond rarement aux impératifs de l'adaptation face au déroulement des événements extérieurs. Il est donc parfaitement légitime de profiter de la liberté conventionnelle pour répartir nos décisions dans le temps. Parce qu'elles projettent dans l'avenir des volontés virtuelles, les réserves répondent admirablement à ce besoin. Elles assurent le prolongement de la personnalité dans la suite de nos entreprises. Elles font du temps un élément dont le cours ne nous est plus interdit.

CONCLUSION

Au bout de toute recherche, il y a une sentence qui vient faire la part des idées nouvelles et des illusions perdues en cours de route.

L'ambition avouée de cette étude était de donner à la réserve une consistance juridique. Mais à quel prix et dans quelles conditions, l'objectif a-t-il été atteint ? C'est ce qu'il importe de savoir avant de dresser un tableau sommaire des profits et pertes.

Au moment d'aborder le sujet, un malentendu a surgi. Alors que nous pensions traiter un problème de pure qualification — quelle est, en droit, la valeur des réserves ? — il s'est avéré que nous ne savions même pas, en fait, ce que « se réserver » voulait dire. Il a fallu convenir, non sans surprise, que le mot banal de « réserve » ne recouvrait aucune notion intelligible, aucun concept défini. Dès les premiers pas, l'hypothèse elle-même s'est dérobée !

Pour cette raison, la théorie générale des réserves a marqué son début par une marche arrière. Délaissant l'idée confuse et fragile des réserves dont se contente, à tort, le droit positif, nous sommes partis à la découverte des origines profondes, des racines obscures de ce terme que nous nous proposions d'étudier. En fouillant dans le passé des mots usuels, derrière la représentation traditionnelle et collective qu'entretient le langage, il n'est pas rare de découvrir une vérité première... et oubliée.

Pour nous, la révélation surgit à travers la notion d'attitude qui, à elle toute seule, parvenait à rendre compte de toutes les réserves que nous connaissions. Sur le plan des rapports humains il devenait, dès lors, facile d'obtenir une définition correcte de la réserve : une attitude neutre envers autrui, et qui implique la temporalité. Cette conception s'imposait sans difficulté tant qu'il était possible de se cantonner à la psychologie.

Rien ne semblait plus naturel que de reprendre cette solution dans les rapports juridiques. Cependant la transposition pure et simple s'est heurtée à une difficulté incompréhensible.

La notion d'attitude réservée, bien que concevable, s'intégrait mal à l'univers du droit, elle semblait toujours manquer de base légale ! Cet obstacle inattendu allait-il remettre en cause la valeur de toutes les données psychologiques dont nous nous étions inspiré ? Dans ces conditions, une seule issue demeurait : soumettre la définition acquise à la science des sciences, c'est-à-dire à la logique.

L'expérience se révéla fructueuse : le véritable visage de la réserve s'est dévoilé à propos du choix entre les valeurs éternelles que constituent le OUI et le NON. Il apparut en effet que si le OUI et le NON impliquaient la présence de la volonté, au contraire la réserve ne procédait d'aucun élément préexistant, et se suffisait à elle-même. Autonome, antérieure à tout choix, la réserve pouvait se parer du titre d'attitude première et fondamentale comme troisième possibilité logique aux côtés du OUI et du NON.

Reconnue par les psychologues, légitimée par les logiciens, la réserve ne peut manquer de poser un cas de conscience aux juristes. Comment expliquer que cette notion, cohérente en tous points, n'ait pas accès, à part entière, dans le monde juridique ? La réponse tient en peu de mots : le droit classique est prisonnier d'une logique étroite fondée sur le dogme de la volonté. Incapable de concevoir une attitude qui ne possède pas à sa base un vouloir, il est rebelle à toute conception rationnelle des réserves. De ce fait, il les tient pour insignifiantes et les enfouit sous la multitude des cas d'espèce.

Ici se situe l'étape la plus importante de la démarche que nous avons suivie. Le problème posé par la réserve a mis en évidence une lacune considérable de la technique juridique traditionnelle : la méconnaissance systématique des états de non-volonté.

Il convenait de rechercher les origines de cette technique. Les juristes du XIX^e^ siècle, pénétrés par l'influence de la culture classique et les idées plus récentes de la volonté, ont charpenté notre univers juridique d'une structure unique. Fascinés par le rôle de la volonté, ils ont érigé une construction résolument conforme à la logique de leur époque, c'est-à-dire à la manière d'Aritote. Du vouloir, ils ont fait la vérité absolue de leur système, à l'exclusion de toute autre donnée. Ainsi prit corps la théorie implacable de l'Autonomie, véritable tour d'ivoire des hommes de droit.

Dès le début du XX^e^ siècle, cette citadelle fut ébranlée par des attaques violentes — notamment celles de Gounot — qui la démantelèrent vis-à-vis de la majorité de l'opinion. Et ce fut justice. Mais au milieu des décombres, on n'a pas retrouvé la vérité ou plutôt les raisons de l'erreur.

Or, sans discussion, l'égarement de la théorie résultait davantage de la méthode employée que d'une méprise sur les éléments de base. L'erreur a consisté non pas à choisir le vouloir, mais à exclure l'idée contraire, jusqu'à la nier. Au fur et à mesure que progressait le dogme de la volonté, la méconnaissance des états de non-volonté se faisait de plus en plus criante et exigeait le recours à des fictions invraisemblables.

Pour avoir méconnu le fait que toute idée implique nécessairement son contraire, les juristes classiques se sont mis dans une position intenable : fascinés par la volonté, ils ont oublié jusqu'à l'existence du non-vouloir, oubli qui devait mener leur entreprise à sa perte.

Le rôle de cette thèse s'est trouvé singulièrement modifié le jour où fut mise à jour la nature de l'obstacle qui l'empêchait de progresser. Sans l'idée de non-vouloir, la réserve n'avait évidemment pas sa place dans le droit.

Il a été aisé de prouver que le défaut de volonté, malgré les réticences d'une partie de la doctrine, était constamment sous-jacent dans les rapports juridiques. Au demeurant, nous nous sommes souvent contentés d'exprimer en clair ce que la jurisprudence admettait implicitement, et de montrer que si la volonté rendait compte de l'évolution de nombreuses situations juridiques, le défaut de volonté suffisait à en expliquer bien d'autres ! Nous sommes ainsi arrivés à cette conclusion définitive : les états de non-volonté correspondent à une réalité que notre droit tente en vain de passer sous silence. Au terme de cette étape décisive, la théorie des réserves a éprouvé le besoin d'enrichir son titre, elle est devenue égalemnt la théorie du non-vouloir.

Par la suite, il fût facile de démontrer que les réserves ne constituaient qu'un cas particulier du non-vouloir et qu'à ce titre elles représentaient une attitude juridique, unique en son genre, et donc une notion de droit du plus grand intérêt.

Sans entrer dans le détail du plan adopté dans ces recherches, il suffit désormais de mentionner les idées relais qui ont permis l'examen des applications pratiques de la réserve.

En premier lieu, la réserve peut s'opposer à l'action d'autrui en tant qu'attitude fondamentale. Elle est alors « pure et simple », et son rôle consiste surtout à faire échec au *Système d'interprétation* et au *Principe de cohérence*. En second lieu, la réserve peut fort bien se conjuguer avec l'action ; elle est alors soit la *condition*, soit le *complément* de cette action. Dans cette dernière hypothèse, elle sert aussi bien à préciser la portée d'un acte qu'à répartir ses effets dans le temps.

Tel est, en bref, le contenu de cet ouvrage. Il faut maintenant rendre compte de toutes les démarches, de toutes les idées

que nous avons entreprises pour leur faire dire ce que nous pensons être l'expression d'une certaine réalité.

Lorsque nous nous sommes intéressés à la réserve, elle n'était qu'un terme du langage juridique, terme très usité mais écartelé entre toutes sortes de locutions et d'expressions sans grande efficacité. Nous pensons l'avoir ramené à l'unité grâce aux concepts d'attitude et de non-vouloir. Du même coup, nous avons acquis la conviction qu'il s'agissait d'une notion juridique très particulière, au moins aussi importante que l'acceptation ou le refus.

Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces résultats. Cette thèse est exigeante à plus d'un titre.

D'abord elle implique des emprunts à l'extérieur de la science juridique. Elle s'appuie en partie sur la psychologie, et en partie sur la logique moderne, notamment par l'adoption de la temporalité dans la définition des attitudes.

D'autre part, elle apporte un certain nombre d'éléments techniques qui lui sont propres tels que l'attitude, le non-vouloir, la cohérence.

Enfin, elle introduit une certaine complexité dans les rapports juridiques par rapport à la conception classique. La belle simplicité des options traditionnellement limitées au OUI et au NON, doit passer au compte des illusions perdues ! Dès l'instant où nous avons posé qu'il n'y avait pas, en tout état de cause, deux, mais trois réponses juridiquement possibles — OUI, RÉSERVE, NON — tout le système binaire du droit est atteint. En effet, il ne suffit plus, pour nous, de ramener tous les comportements individuels à l'acceptation ou au refus, il faut encore envisager le cas où l'agent s'est placé dans la situation juridiquement définie de la réserve. Le respect de cette troisième hypothèse impose indéniablement un souci supplémentaire au juriste.

A vrai dire, nous ne pensons pas que cette dernière exigence soit un inconvénient actuel. Dans la seconde moitié du XX^e^ siècle, il n'est plus possible de s'en tenir, coûte que coûte, au principe de la dualité ou de la bivalence défini par la logique d'Aristote. Si les premières machines mécanographiques parlaient encore un langage qui réduisait tout choix à deux possibilités, elles ont dépassé ce stade définitivement. Les cerveaux électroniques enregistrent désormais des données virtuelles qui, à plus ou moins long terme, s'actualiseront par un circuit ouvert ou fermé. A leur manière, ils admettent les réserves.

Notre intelligence juridique serait-elle demeurée une machine binaire ? La question est posée. Mais on comprendrait difficilement que des structures périmées soient conservées sous prétexte qu'elles sont simples. Dès l'instant où la réserve est

intelligible, pourquoi le droit nierait-il encore le rôle qu'elle joue, ailleurs, depuis des éternités ?

Le dernier paragraphe de cette thèse concernera précisément le développement — et pourquoi ne pas le dire ? — l'avenir des réserves. Tout semble indiquer que la vie moderne deviendra de plus en plus accaparante, en proportion de l'accroissement fabuleux de l'activité humaine. Un seul élément résiste à cette progression : le temps dont chacun de nous peut disposer.

S'il était légitime autrefois d'exiger de l'individu des réponses fermes, immédiates et définitives, il est évident que désormais, nous ne bénéficions plus de la disponibilité nécessaire pour résoudre, sans délai, chacune de nos affaires. Le temps refuse l'élasticité, et chaque fois que nous consacrons un instant à une occupation, les autres attendent. Dans chaque cas, nous reportons à plus tard. Tous ces sursis que nous nous accordons correspondent en réalité à des défaillances de notre volonté.

La multiplication de ces défaillances imposera vraisemblablement un recours de plus en plus fréquent aux réserves, seule solution intelligente en l'occurence. De ce fait, elles deviendront une réalité quotidienne admise aussi bien par les hommes pressés que par les tribunaux qui les jugeront. Phénomène complexe, elles régneront dans la complexité croissante qu'imposent les lois de l'évolution.

Il n'est pas impossible en définitive que l'accélération du rythme de vie conduise les hommes à régler leur existence plus en fonction des possibles temporaires que des valeurs statiques. Notion éternelle, la réserve trouvera enfin sa vocation en droit moderne.

*
* *

VU
Le Président,
Jean CARBONNIER.

VU
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques,
G. VEDEL.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
J. ROCHE.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

ALQUIE F. : *Leçon de philosophie* (Didier).
BARRAULT : *Le silence, créateur d'obligations,* thèse, Dijon.
BAUDRY-LACANTINERIE : Successions, t. II ; Obligations, t. I.
BURLOUD : *Traité élémentaire de psychologie.*
CAPITANT : *Adages et maximes juridiques.*
CARBONNIER J. : Traité élémentaire de Droit Civil, « Le silence et la Gloire », Chronique (D. 1951, p. 119). Rev. *T.D.C.* 1955, p. 522.
CHABAS : *La déclaration de volonté,* thèse, Paris, 1931.
CHEVALLIER J. : *La charge de la preuve,* Cours de Doctorat, 1958.
COLIN et CAPITANT : *Précis de droit civil,* t. II.
DEMOGUE : *Traité des obligations ; Notions fondamentales de droit privé.*
DEMOLONBE : *Traité de droit civil,* t. XXVIII.
DERREUX : *Interprétation des actes juridiques,* thèse, 1931.
FREJAVILLE : *Cours de droit civil.*
DURAND : *Des réserves à la livraison,* D. 1950, p. 57, Chronique.
DURMA : *La notification de volonté.*
GÉNY : *Méthode d'interprétation ; Science et technique juridique.*
GORÉ J.-L. : *La notion d'indifférence.* P.U.F. 1958.
GOUNOT : *Théorie de l'autonomie de la volonté,* thèse, Paris, 1912.
JUNG K. : *Problème de l'âme moderne* (Corréa).
KAPPELER Dietrich : *Réserves dans les traités internationaux,* thèse, Paris.
LAURENT : *Traité des obligations ; Traité de droit civil.*
LUPASCO : *Logique et contradiction,* P.U.F. 1947.
MARTIN DE LA MOUTTE : *L'acte juridique unilatéral,* thèse, Toulouse, 1951.
PERRIN : *Conversion des actes juridiques par réduction,* thèse, Dijon, 1912.
PLANIOL, RIPERT et BOULANGER : *Traité de droit civil.*
RODIERE : *La double fonction des réserves à la livraison,* J.C.P. 1951, 896.
SAVATIER : *Traité de la responsabilité civile.*
VOIRIN : Note D. 1939.1.5.

INDEX ALPHABÉTIQUE

INDEX ALPHABETIQUE

Acceptation, [1] 323, 330, 332 *bis*.
Acte conservatoire, 211, 228, 248, 272, 292.
Acte juridique, [2] *140/s*, 185, 365, 352 (voir action).
Action, 16, 34, 80, 85, 125, 171/s, 191, 208, *294*, 301, 314, 352, 362, 365, 368/s (voir inaction).
Apparence, 102, 268/s.
Attitude, 20, 24, 26, *30/s*, 37/s, 56, *78/s*, *106/s*, 136/s, 165, 182, 278, 290, *301*, 307, 360, 371.
Autonomie de la volonté, 44, 118/s, 338, 359, 364, 366, 425.
Avolonté, 161, 197 (voir non-volonté).
Caractères (des réserves), 8, 73, 240, 252.
Caution, 212, 376/s.
Choix, 117/s.
Clause d'agrément, 398.
Clause de style, 327, 356, 359.
Cohérence (incohérence), 95, 103/s, 174/s, 261, 306, 313, 350.
Comparution, *212*, 356.
Comportement, 31/s, 36.
Concordat, 212.
Conclusions, 89, 230 (voir procès).
Condition (potestative), 330, 411.
Condition (résolutoire), 413/s.
Condition (suspensive), 419/s.
Conscience, 24/s, 147, 220.
Contestation, 27, 62, 70.
Contradiction, 117, 135, 145, 302, 313 (voir cohérence).
Contrainte, 207/s, 289 (voir droit potestatif).
Conventions et contrat de réserves, 278, 308, 409, 412/s.
Déclaration, 151, 200, 223, 261.
Défaut de volonté (voir non-volonté).
Définitions, 1, 28, 141, 166/s.
Délégation, 374.
Désistement, 403.
Doctrine, 29, 44/s, 64, 77, 113, 118, 164, 304, 380.
Droits potestatifs, 16, 50, 209/s, 412/s, 420/s.
Effet de droit, 156, 331/s, 352/s.
Effets, 156, 253/s, 271, 279, 331/s, 352, 359.
Etats de volonté, *51/s*, 57/s, 69, 70/s, 339.
Etymologie, 274.
Expectative, 140.
Fiction, 48, 54, 325 (voir présomption).
Forme, 229 (voir déclaration).
Inaction, 16, 80, 85, 91, 125, *171/s*, 192/s, 199, 203, 209, 291.
Indifférence, 70/s, 80 (voir non-volonté).
Individu, 11/s.
Inefficacité, 286 (voir effets).
Information (devoir d'), 102, 268, 283, 292.

Intention, 219 (voir caractère des réserves).
Interprétation (système d'), *185/s*, 200, 285, *315*, 350.
Livraison, *225/s*, *256/s*.
Logique, 117/s, 128/s, *133*, 182, 201, 304.
Maximes, 3, 73, 77, 83, 132, *310/s*, 327/s.
Mitoyenneté, 397.
Non, 19, 20, 116/s, 127, 173, 301 (voir refus et volonté contraire — contestation).
Non-volonté, *47*, *50*, 56, *67/s*, *78/s*, 86/s, 108/s, 136, 192, 194/s, 208, 234/s, *236*, 260/s, 292, 370.
Norme, 154, 282.
Novation, 373.
Offre, 205, 222, 331.
Offres réelles, 404.
Option, 287.
Oui, 20, 21, 116/s, 127, 173, 301, 332, 399.
Personnalité, 11/s, 132, 177, 329 (voir temporalité).
Phénomènes psychologiques, 9, 22, 53/s, 77, 115, 121/s, 147, 181, 336/s.
Plan, 25, 168, 297.
Position judiciaire, 89/s, 276, 278, 284, 292.
Présomption, 48, 54, 95/s, 101/s, 187, 216.
Procédure, 64, 400/s (voir procès, position judiciaire, conclusions, etc.).
Procès, 21, 75, 84.
Protestation, 298.
Quittance, 395.
Rapports (humains et juridiques), 13, 15, 21, 34, 36, 44, 67, 74, 222, 291, 305/s.
Réception de travaux, 357.
Refus (volonté contraire), 27, 64, 75/s, 200, 205, 211, 227, 281 (voir contestation).
Remise de dette, 212/s, 377/s.
Renonciation, 251, 272.
Réponse, 222 (voir Oui-Non, refus, etc.).
Responsabilité, 21, 106, 281, 340, 345/s, 353.
Retard, 89, 215 (voir position judiciaire).
Rétroactivité, 207, 262.
Sécurité, 176, 183, 408/s.
Silence, 38, 43, 189, 193, *197/s*, 270.
Situations (juridiques, individuelles ou bilatérales), 14, 21, 37, 65, 67, 71, 80, 86, 171, 251.
Sollicitation, 58/s, 68, 206, *217/s*, 250, 281.
Source (du Droit), 3/s, 274.
Sphère juridique (voir situations juridiques), 45, 68, 91, 249.
Temporalité (problèmes du temps), 23, 90, 111, *132/s*, 138, 146/s, 231, 238, 286, 304, 368, 407/s.
Unilatéralité, 8, 241/s, 285.
Vente, 394, 399, 423 (promesse).
Vouloirs, 18, 36, 40, *44/s*, *50/s*, 113, 154.

1. Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages.
2. Les numéros en italique ont une importance prépondérante.

TABLE DES MATIERES

pages

INTRODUCTION :

I. 7
II. 14

PREMIERE PARTIE : DEFINITION DES RESERVES

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE 27
CHAPITRE I. — *Eléments des rapports sociaux et juridiques* 30
Section I. — Définition générale de l'attitude dans les rapports sociaux 30
Section II. — L'utilisation de la notion d'attitude dans le domaine des rapports juridiques 34
Section III. — L'intervention de la volonté dans les rapports juridiques 40
CHAPITRE II. — *Les états de volonté* 47
Section I. — Analyse des états de volonté 47
Section II. — Etude particulière des effets de l'état de non-volonté 52
CHAPITRE III. — *Les attitudes* 69
Section I. — Contenu et valeur du concept d'attitude juridique 69
Section II. — Les attitudes fondamentales dans les rapports sociaux et juridiques 73
Section III. — La réserve, attitude fondamentale 81
Section IV. — Nature juridique des réserves 88
Conclusion de la première partie 95

DEUXIEME PARTIE : LES RESERVES PURES ET SIMPLES OU LES RESERVES DANS L'INACTION 97

CHAPITRE I. — *Situation de l'hypothèse* 99
Section I. — Le principe de cohérence 101

Section II. — Les systèmes d'interprétation ou la connaissance juridique des attitudes 106
CHAPITRE II. — *Etude des réserves pures et simples en jurisprudence et dans la pratique* 115
CHAPITRE III. — *Analyse de la réserve en tant que réponse à une sollicitation* 126
Section I. — Les données médiates des réserves. L'intention, l'expression, le temps des réserves 126
Section II. — Les éléments intrinsèques ou le contenu des réserves 134
CHAPITRE IV. — *Les effets des réserves* 142
Conclusion de la deuxième partie 153

TROISIEME PARTIE : LES RESERVES DANS L'ACTION 155

CHAPITRE I. — *Le problème des réserves dans l'action* 159
Section I. — Le problème théorique 159
Section II. — Les maximes « Protestatio non valet contra factum » et « Protestatio non valet contra actum » 163
CHAPITRE II. — *Les insuffisances des maximes. Recherche d'un critère d'efficacité de la réserve dans l'action* 173
Section I. — Insuffisance des maximes : Protestatio non valet contra factum 173
Section II. — Recherche de critères permettant de déterminer la portée des réserves dans l'action 177
CHAPITRE III. — *Les réserves, condition de l'action* 184
CHAPITRE IV. — *Les réserves, complément de l'action* 194
Section I. — La réserve définit le champ de l'action .. 198
Section II. — Les réserves limitent l'intervention de la volonté dans le temps 221
CONCLUSION 231
BIBLIOGRAPHIE 237
INDEX ALPHABÉTIQUE 239
TABLE DES MATIÈRES 245

ACHEVÉ D'IMPRIMER LE
10 NOVEMBRE 1967
SUR LES PRESSES DES
IMPRIMERIES RÉUNIES
22, RUE DE NEMOURS
RENNES

N° d'édition : 1171
Dépôt légal : 4e trimestre 1967